STUDIO

SULLE

RES MANCIPI E NEC MANCIPI

DELL' AVV. BALDASSARRE SQUITTI

Professore pareggiato di diritto romano
nella R. Università di Napoli

.....

NAPOLI
Tipografia Angelo Trani
Strada Medina, 25
1885

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA
Legato Anselmi
OA. - b -
683

Al chiarissimo professore Anselmi
Omaggio dell'Autore

STUDIO

SULLE

RES MANCIPI E NEC MANCIPI

DELL'AVV. BALDASSARRE SQUITTI

Professore pareggiato di diritto romano
nella R. Università di Napoli

.....

NAPOLI
Tipografia Angelo Trani
Strada Medina, 25
1885

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

FONTI

A. Giuridici.

1.° Gaii *Instit.* Lib. I. §§ 6, 54, 119-123, 192; lib. II. §§ 7, 15-23, 25-27, 29, 40-45, 47, 80-85, 88, 194, 204; lib. III. § 166; lib. IV. § 131.
2.° Ulpiani *Fragm.* Tit. I. § 16; tit. XI. § 27; tit. XIX; tit. XXIV. § 7.
3.° Pauli *Sentent. recept.* Lib. I. tit. 13. A. § 4; lib. II. tit. 17. § 3.
4.° Caii Epitome Lib. I. tit. 6. § 3.
5.° L. 4. Cod. Theod. *de donationibus* (VIII. 12).
6.° Lex Rom. Burgund. *de donationibus.* Tit. 22. (Schult. 23).
7.° Justinian. L. un. C. *de nudo jure Quirit. tollendo* (VII. 25); L. un. C. *de usuc. transform. et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi* (VII. 31).
8.° Theoph. *Paraphr.* lib. I. tit. 5. § 4. tit. 12. § 6; lib. II. tit. 1. § 40. tit. 20. § 2.

B. Letterarî.

1.° Plauti *Curcul.* Act. IV. sc. 2. v. 8. sq. *Trin.* Act. II. sc. 4. v. 19. *Pers.* Act. IV. sc. 3. v. 55. v. 61. *Most.* Act. V. sc. 1. v. 43.
2.° Lucretii *de Rer. Nat.* III. v. 984.

3.° Ciceronis *de Or.* L. I. c. 39. *Top.* c. 5. i. f. c. 10. c. 26. *Caecin.* c. 26. *Mur.* c. 2. *Fl.* c. 31. *de Harusp. respons.* c. 7. *Off.* lib. III. c. 16. *Parad.* V. c. 1. *ad fam.* lib. VII. ep. 30.

4.° Varronis *de re rust.* lib. II. c. 5. s. 4. c. 7. s. 6. c. 9. s. 7. c. 10. s. 4. *de lingua latina*; L. VI. c. 5. L. V. c. 8.

5.° Horat. *Epist.* L. II. Ep. 2. v. 158-159.

6.° Plinii *Hist. Nat.* L. XXXIII. c. 3.

7.° Senecae *Epist.* 73.

8.° Tacit. *Ann.* I. c. 73.

9.° Gellii *Noct. Att.* lib. XX. c. 1. lib. XV. c. 26.

10.° Festus v. *nuncupata*; v. *censui censendo.*

11.° Boethius *ad Top.* c. 5. c. 10.

12.° Isidori *Origin.* lib. V. c. 25; lib. IX. c. 4.

13.° Simplicius *apud Goesium.* p. 76, p. 79.

BIBLIOGRAFIA.

1. Azo. *Summa in Cod. ad L. un. C. de usuc. transf.* (VII. 31). Par. 1577. Fol.

2. Ballhorn gen. Rosen. *Ueber dominium. Ein Titel aus Ulpian's Fragmenten für Schulmänner commentirt.* Lemgo. 1822.

3. Bérard. *De la distinction des biens en res mancipi et res nec mancipi.* Lyon. 1882.

4. ten Brink. *Diss. de hasta praecipuo apud Rom. signo, imprim. justi dominii.* Groening. 1839.

5. Böcking. *Pandekten des Römischen Privatrechts* § 73. Bonn. 1853. Leipz. 1855.

6. Bruns. *Geschichte und Quellen des Römischen Rechts.* nell'Encyclopädie der Rechtswissenschaft di Holtzendorff. Leipzig. 1873. p. 83.

7. Bynkershoek. *Opuscul. de reb. manc. et nec mancipi,*

in Opp. var. argum. Opuscul. II. Lgd. Bat. 1719. 4. p. 103-140.

8. Calcagninus. *De Verb. Sign.* in Opp. Bas. 1544. Fol. (p. 354).
9. Charonda. *Notae ad Ulp. Frg.* XIX. § 1. in Tractatu Tractatuum. Tom. 1. p. 275.
10. Christiansen. *Die Wissenschaft der römischen R. Geschichte* p. 352.
11. Cinus. *In Cod. ad L. un. C. de usuc. transf.* (VII. 31).
12. Columbus. *Diss. qua perpetuum usucap. effect. dominium iuris quiritarii iure vulgo constitui evincitur; seu vindicatio quiritarii dominii in rebus nec mancipi, usucapione quaesitis etc.* Vindebon. 1738. 4.
13. Conradi. *Lib. sing. de veris manc. et nec mancipi rerum differentiis.* Helmst. 1739.
14. Contius. *Disp. iur. civil.* lib. I. c. 12. Francof. 1595. 8. p. 78-88.
15. Cuiacius. *Paratitla ad Tit. C. de usuc. transf.* (VII. 31). Neapol. 1722. Fol. Tom. VIII. p. 1001.
16. Danz. *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts.* 2. Aufl. Leipzig. 1871-73. I. p. 196 sgg.
17. Deiters. *De mancipationis indole et ambitu.* Bonnae. 1854.
18. Demangeat. *Cours élémentaire de droit romain.* 3.ª édition. Paris. 1876. I. p. 446.
19. Dernburg (I.). *Beiträge zur Geschichte der röm. Testamente.* p. 169.
20. Dirksen. *Vermischte Schriften.* 1841.
21. Eisendecher. *Entstehung, Entwicklung und Ausbildung des Bürgerrechts im alten Rom.* Hamb. 1829. p. 145-158.
22. Esmarch. *Römische Rechtsgeschichte.* p. 108.
23. Gibbon. *The History of the decline and fall of the Roman Empire.* Chap. 44. Lond. 1758. Tom. IV. p. 386.

*

24. Gluek. *Erläuterung d. Pandekten nach Hellfeld.* T. VIII. § 577. Erl. 1807. p. 48-68.

25. Goesio. *Vindiciae pro recepta de mutui alienatione sententia.* Lgd. Bat. 1646. 8. p. 61. sq.

26. Göttling. *Geschichte der römischen Staatsverfassung von Erbauung der Stadt bis zu C. Cäsar Tod.* Halle. 1840 p. 124.

27. Gravina. *Orig. iur. civil.* lib. II. c. 81. Venet. 1730. 4. p. 206. sq.

28. Hamburgische Berichte. *Von gelehrten Sachen vom Jahre 1740* p. 164-170. (In succinto anche nel civil. Magazin. di Hugo Vol. II. p. 57-66. ed. 3).
— *Von gelehrten Sachen vom Jahre 1741.* p. 204-206. (Anche nel civ. Mag. di Hugo Vol. II. p. 66-79).
— *Von gelehrten Sachen vom Jahre 1742.* p. 1-6. (Anche nel civ. Mag. di Hugo. Vol. II. p. 79-83).

29. Hommel. *Diss. coniecturae de orig. divis. rerum in mancipi et nec mancipi.* Lips. 1744. 4. ed *Opusc.* Baruth. 1785. 8. Tom. I. p. 443-484. In succinto nelle Observat. historico-iurid. obs. 3. Lips. 1773. 8.

30. Höpfner. *Commentar.* § 279.

31. Hugo. *Geschichte des röm. Rechts* 11. Aufl. p. 512.

32. Huschke. *Recht des Nexum.* Leipz. 1846. p. 9. 12. 200. sgg.

33. — *Die Verfassung des Königs Servius Tullius.* Heidelb. 1838.

34. Jehring. *L'esprit du droit romain etc.* traduit par O. Meulenaere. 2.me édit. 1880. I. 113; II. 105, 158, 160; III. 120, 126, 205; IV. 203, 298, 205.

35. Lange. *Römische Alterthümer.* Berlin. 1863. I. § 34. p. 113 sgg.

36. Lattes. *Rendiconti del Reale Istit. Lombardo.* Milano 1868 p. 232 sgg.

37. von Keller. *Institutionen=Grundiss und Ausführungen.* Leipz. 1861. § 31. p. 25 sgg.
38. Maynz. *Cours du droit romain.* Bruxelles. 1876-77. p. 684.
39. Manhayn. *Ueber den Ursprung und die Bedeutung der r. m. im alten römischen R.* Frankf. 1823.
40. Meister. *Varronis atque Ulpiani in recensendis rebus mancipi, cum alter ab altero dissentire videatur, inter se conciliandorum novellam quamdam rationem delineavit.* Bresl. 1814. Vedi Hugo (Gött. gel. Anzeig. 1814.).
41. Meermann. *Diss. exhib. nonnullas de rebus mancipi et nec mancipi earumque mancipatione coniecturas.* Lgd. Bat. 1741. 4.
42. Mommsen. *Römische Geschichte.* 6. Aufl. 1874.
43. Montanari. *Discorso storico-filologico-legale sulle res mancipi e nec mancipi.* Arch. Giurid. Vol. X. 1872. p. 351-378.
44. Mueller. *Lehrbuch der Institutionen.* I. p. 146. Leipz. 1858.
45. Niebuhr. *Römische Geschichte.* 3. Aufl. p. 503.
46. Padelletti. *Storia del Diritto romano.* Firenze. 1878. p. 145.
47. Pagenstecher. *Die römische Lehre vom Eigenthum.* Abtheil. II. p. 156-183. Heidelberg. 1858.
48. Plange. *Ueber res mancipi und nec mancipi.* Heidelberg. 1858.
49. Puchta. *Cursus der Institutionen.* § 238. 7. Aufl. 1871-72.
50. Pufendorf. *De reb. manc. et nec manc. item de mancipationibus.* Observat. iur. univers. Tom. II. c. 79. Hanov. 1748. 4. p. 291-337.
51. Rein. *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer von der ältesten Zeit bis auf Iustinianus.* Leipz. 1858. p. 233 sgg.

52. Reuter. *Prog. in quo aenigma, quod Imperatori L. un. de nudo iure Quirit. toll. visum, in dominio quiritario ac bonitario solvitur.* Halae. 1748.

53. Rheinhardt. *Die Usucapio und Praescriptio des r. R.* Stuttg. 1832. p. 28-32.

54. Rolin. *Nouv. explic. de la distinction entre les choses m. et. n. m.* Gand. 1827.

55. Rossmann. *Entscheidung der bisher unbeantworteten Frage: Was res mancipi und nec mancipi seyen?* (Schriften der prüfenden Gesellschaft zu Halle). Vol I. Halle. 1741. 8. p. 291-308.

— *Diss. de reb. manc. et nec manc. earumque mancip. coniect.* Lugd. Bat. 1741. 4.

56. Rudorff. *Q. et M. Minuciorum sententia.* Berol. 1842. p. 11 sqq.

— *Krit. Jahrb. für deutsche Rechtswiss.* Leip. 1844. XV. p. 321.

57. Salkowski. *Lehrbuch der Institutionen und der Geschichte des römischen Privatrechts.* 4. Aufl. Leipz. 1883. p. 183-184.

58. Salmasius. *De Usuris.* Lgd. Bat. 1638. p. 213.

59. von Savigny. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft.* V. p. 258.

60. Schilling (Ad.). *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts.* II. p. 228.

61. Schmidtlein. *Archiv für die civilist. Praxis.* IX. p. 173. sg.

62. Schneider. *De iudicio centumvirali.* p. 42 sqq.

63. Schweppe. *Römische Rechtsgeschichte.* 3. Aufl. p. 499.

64. Schröter. *Observationes iuris civilis.* p. 57. Ien. 1823.

65. Schultingius. *Iurisprud. vetus anteiust.* Not. ad Ulpian. XIX. Lips. 1737. 4. p. 618 sq.

66. Sumner Maine. *L'ancien droit* (traduit par Courcelle Senuil). Paris. 1874 p. 257-264.

67. Tigerström. *Innere Geschichte des römischen Rechts.* p. 282.
68. Trekell. *Tract. de orig. atque progressu testamentifactionis praesertim apud Romanos.* c. 3. § 8. Lips. 1739. 4. pgn. 69-72.
69. von Vangerow. *Ueber die latini Iuniani.* p. 79.
70. Verloren. *De rebus mancipi et nec mancipi.* Traj. ad Rh. 1839.
71. Voege. *De origine et nat. eorum quae ap. veteres Rom. per aes et lib. fiebant.* Kiliae 1856. (Kieler Universitätschriften, an. 1856).
72. Voigt. *Das ius naturale. Vierter Theil. Die gemeinsame Tendenz des ius natur. etc. der Römer.* Leipz. 1875. p. 543-570.
73. Waechtler. *Ad Bynkershoek de reb. manc. et nec mancipi;* in Act. Erudit Lipsiens. Suppl. Tom. VII. sect. 7. p. 294-303.
74. Walter. *Geschichte des römischen Rechts bis auf Iustinian.* 3. Aufl. Bonn. 1861. § 564.
75. Wernher. *Progr. de rebus manc. et nec mancipi.* Vitenberg. 1722. 4. Select. Obs. for. Tom. III. part. 1. obs. 13.
76. Zachariae (Th. Max.). *Diss. I. et II. Conjecturae de reb. manc. et nec manc.* Lips. 1807. V. ricensione di Hugo (Götting. gelehrt. Anzeig. 1807.).
77. Zachariae (v. Ligenthal). *Ueber die Unterscheide zwischen serv. rusticae und urb.* Heidelberg. 1844.

AVVERTENZA.

Nell'enumerazione dei libri consultati, abbiamo creduto di indicarne talvolta anche le pagine per evitare nel nostro lavoro frequenti e ripetute citazioni.

INDICE

FONTI.

A. GIURIDICI . . . . . pag. III

B. LETTERARII . . . . . » ivi

BIBLIOGRAFIA . . . . . » IV

CAPITOLO I. Enumerazione delle *res mancipi*

§ 1. L'enumerazione fatta da Gaio ed Ulpiano è tassativa . . . . . » 1

§ 2. La mancipazione è applicabile soltanto alle *res mancipi* . . . . . » 2

§ 3. La distinzione di *res mancipi* e *nec mancipi* si riferisce alle sole *res singulares*. . . . . » 12

§ 4. Distinzione tra le *personae mancipi* e le *res mancipi* . . . . . » 15

§ 5. Tra gli animali da tiro e da soma sono soltanto *res mancipi* quelli enumerati da Ulpiano . . . . . » iv

§ 6. L' elenco delle *res mancipi* era già chiuso ai tempi di Varrone . . . » 17

§ 7. Elenco completo delle *res mancipi* . » 19

CAPITOLO II. Conseguenze giuridiche delle *res mancipi*.

§ 8. Gli effetti delle *res mancipi* son da rintracciarsi nel diritto pregiustinianeo » 20

§ 9. Le sole *res mancipi* possono essere obbietto del dominio bonitario . . . » 22

§ 10. Influenza delle *res mancipi* e *nec mancipi* sui modi d' acquisto della proprietà . . . . . » 25

§ 11. I fondi provinciali non sono capaci di dominio, nè quiritario nè bonitario » 26

§ 12. È vietata alle donne l'alienazione delle *res mancipi sine tutore auctore*. . . pag. 27
§ 13. Riassunto . . . . . » 36
CAPITOLO III. Opinioni degli scrittori antichi e moderni da Azone fino ad oggi sul fondamento della distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi*.
§ 14. Prospetto . . . . . » 38
§ 15. Opinione di Azone, Calcagnino, Caronda, Salmasio, Goesio, Gravina, Schulting, Trekell, Rossmann, Hugo, Ballhorn-Rosen, Dernburg, Eisendecher » ivi
§ 16. Opinione di Cuiacio, ten Brink e Verloren . . . . . » 44
§ 17. Opinione di Bynkershoek, Colombo, Conradi, Meermann, Glück, Schweppe, Savigny, Schimdtlein, Tigerström, Schilling, Rein, Walter. . . . . » 45
§ 18. Opinione di Hommel, Gibbon, Manhayn, Danz, Puchta, Böcking, Ihering . » 46
§ 19. Opinione di Pufendorf, Niebuhr, Hoepfner, Schneider, Rolin, V. Vangerow, Serafini . . . . . » 51
§ 20. Opinione di Massimiliano Zachariae Misenense . . . . . » 56
§ 21. Opinione di Christiansen. . . . . » 57
§ 22. Opinione di Goettling. . . . . » 59
§ 23. Opinione di Huschke . . . . . » 60
§ 24. Opinione di Montanari . . . . . » 64
§ 25. Opinione modernissima di Mommsen, Plange, Lange, Lattes, Sumner Maine, Bérard . . . . . » 68
CAPITOLO IV. Conclusione.
§ 26. Nostra opinione . . . . . » 73

CAPITOLO I.

Enumerazione delle res mancipi.

§ 1. L' enumerazione fatta da Gaio ed Ulpiano è tassativa.

Ulp. XIX. 1: *Omnes res aut mancipi sunt aut nec mancipi. Mancipi res sunt praedia in italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item jura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus; item servi, et quadrupedes quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipi sunt. Elephanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt.*

Gai. I. 120: *Eo modo* (cioè *per aes et libram*) *et servîles et liberae personae mancipantur: animalia quoque quae mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini; item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent mancipari.*

Gai. II. 17: *Item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum: nam hae quidem mancipi res sunt, quamvis sint ex numero rerum incorporalium.*

Tutti gli scrittori, che si sono seriamente occupati della distinzione delle *res* in *mancipi* e *nec mancipi*, si son torturati il cervello per decidere se l'enumerazione fatta da Ulpiano delle *res mancipi* fosse tassativa ovvero no, ed hanno, in maggior parte, specialmente i moderni, concordato nell'affermare, ch'essa avesse a ritenersi come rigorosamente chiusa, e che quindi le cose non nominate s'intendessero essere *nec mancipi*. Tuttavia non mancarono interpreti nei secoli passati e nel nostro, i quali avessero altrimenti opinato, ritenendo che le cose enumerate da Ulpiano fossero poste insieme a mò d'esempio.

Difatti il Cuiacio [1] include nella cerchia delle *res mancipi* tutti gli oggetti preziosi, i quali *veneunt auro contra vel auro supra*. Egli dice che quanto alle perle v'ha un'espressa testimonianza di Plinio, e per gli altri ciò si può dedurre dalla L. 37 § 1 D. *de evict. et duplae stipul.* XXI. 2. di Ulpiano, in cui questi parla di ogni sorta di cose preziose, e richiede per esse la promessa del doppio nel caso dell'evizione. Nel citato paragrafo della citata legge, continua il Cuiacio, sono appaiate alle margarite e agli ornamenti preziosi le vesti di seta, che anche Vopisco, come ci riferisce Aureliano, scrive solersi vendere a carissimo prezzo *(contra aurum)*.

Cornelio di Bynkershoek [2] non osa allargare, quanto il Cuiacio, la cerchia delle *res mancipi* e pone invece il principio: « *omnes quidem res mancipi pretiosae sunt, sed non tuto haec licet convertere, et adfirmare, omnes praetiosas esse mancipi* ». Egli crede che sia troppo azzardoso ingrandire l'elenco delle *res mancipi*, trasmessoci da Ul-

[1] Paratitla ad Tit. C. *de usuc. transf.*
[2] Op. cit. cap. II.

piano, senza l'espressa autorità dei Fonti, di guisa che conchiude: *non nego*[3] *quasdam res proprie mobiles, re vera fuisse mancipi; de margaritis certe, postquam earum usus Romae invaluit, vix dubito nec aliter intelligo Plinium, ubi de margarita agit, lib. IX. Hist. Nat. cap. 35.*

Il Bynkershoek adunque, mentre combatte per una parte l'opinione di Cuiacio, val dire in quanto costui si riferisce a tutti gli oggetti preziosi, per l'altra, cioè per quella relativa alle perle, pienamente l'accetta; altrimenti egli dice di non capire due luoghi di Plinio, che ci è necessario di esaminare distesamente, e vedere come siano stati da più moderni scrittori interpretati.

Il primo di questi luoghi di Plinio così suona: *Lolliam Paulinam.... vidi smaragdis margaritisque opertam...: quae summa quadringenties HS. colligebat: ipsam confestim mancupationem tabulis probare. Nec dona prodigi principis fuerant, sed avitae opes, provinciarum scilicet spoliis partae*[4].

Qui è da notare che la maggior parte dei codici di Plinio, invece della voce «*mancupationem*», hanno l'altra «*aucupationem*», la quale è un evidente errore di scrittura e devesi leggere «*mancupationem*» ovvero «*nuncupationem*». Quest'ultima lezione è ora più generalmente accettata, e perciò, nota il Rein[5], seguendo l'Huschke[6], il citato luogo di Plinio non parla punto della mancipazione delle perle; esso dice soltanto che Lollia Paolina era pronta a provare, collo strumento di compra, il prezzo, equivalendo la parola «*nuncupatio*» a «*nuncupata pecunia*», cioè a prezzo sta-

[3] Eod. caput. IV.
[4] Plinii Nat. Hist. IX. 35.
[5] V. op. cit. pag. 239-240, nota.
[6] Zeitschrift für geschichtliche Rechtswiss. XII (1845) p. 291-294.

bilito. Però nulla vi ha di tutto questo in Plinio, anzi le parole sue accennano non ad una vendita, bensì ad una trasmissione ereditaria; poichè, come subito è soggiunto, quei gioielli non erano doni dello imperatore, ma bottino proveniente dalle rapine dell'avo nelle provincie, e tesori con cui lo curruppero i principi dell'Oriente. Adunque Lollia Paolina era pronta a provare, con un *testamentum per mancipationem*, che le sue gioie erano beni ereditarii. A questa interpretazione ne inducono specialmente la parola *tabulae*, che, se non temessimo d'uscire troppo dai limiti della nostra questione, potremmo dimostrare doversi, in caso dubbio, riferire piuttosto ai testamenti, che agli atti tra vivi, e l'espressione *avitae opes*, che significa propriamente i beni di famiglia. Così qualunque sia la lezione pliniana, « *nuncupatio* » cioè o « *mancupatio* », essa non prova punto, per questo verso, che le perle fossero state *res mancipi*.

Molto più preciso e decisivo è pel Bynkershoek [1] il secondo degli addotti luoghi di Plinio, in cui leggiamo: *et hoc* (cioè le *uniones* o grandi *margaritae*) *tamen aeternae possessionis est. Sequitur haeredem, in mancipatum venit, ut praedium aliquod*. In esso sembra senza restrizione alcuna ammessa la mancipazione delle perle, laonde queste sa-

[1] Notevolissima è a questo proposito l'inesattezza in cui cade il Bynkershoek nell'affermare che Ulpiano non ricorda le margarite fra le *res mancipi*, forse perchè non ne avessero fatta menzione i *prisci juris auctores*, non essendo esse note prima della guerra Giugurtina, e quindi non prima di quell'epoca aggiunte, pel loro altissimo valore, alle altre *res mancipi*. A tale asserzione si obbietti che nè Ulpiano, nell'enumerarci le *res mancipi*, si riferisce a giureconsulti anteriori, nè questi poi furono anche tutti anteriori a Plinio, e in ogni caso non vissero certamente prima della guerra Giugurtina!

rebbero *res mancipi*. Tuttavia i moderni scrittori con argomenti diversi, più o meno validi, sostengono appunto il contrario. Di fatti, l'Huschke [8], raccogliendo un'idea balenata a Francesco Carlo Conradi, crede che l'espressione « *in mancipatum venit, ut praedium aliquod* » voglia indicare che le perle siano state tali cose, che lo Stato, al pari dei fondi, accettava dal *manceps*, per la garentia cui questi era tenuto. Tale spiegazione, per quanto paia soddisfacente, altrettanto è discorde dalla buona interpretazione delle parole dello storico romano; poichè il sostantivo *mancipatus* dovrebbe significare « cose che il *manceps* può dare in garentia », e ciò, senza entrare in una discussione filologica, ognuno sa se sia o no compatibile col linguaggio d'uno scrittore, che potrà, tutto al più, esser tacciato d'improprietà, ma non mai d'ineleganza. E si noti che la parola *mancipatus* s'incontra soltanto in Plinio; per la qual cosa dovrebbe supporsi, ch'egli l'avesse proprio creata di pianta per esprimere oscurissimamente e contro la grammatica quello che la lingua latina e la sua mano maestra gli davan agio di formulare in una maniera chiara e corretta.

Il Böcking [9] giustamente riprovò questa sentenza, e sostenne che il luogo di Plinio dovesse intendersi in modo, da riferire le perle alla *familiae mancipatio*. Il Pagenstecher [10] tenta di distinguere una capacità ad « *in mancipatum venire* » da una capacità a « *mancipari* », ma la sua indagine a nulla approda. Di più egli dice essere ignoto il significato della parola *mancipatus*, la

[8] l. c. p. 294-297.
[9] Pand. § 73. not. 16.
[10] Die römische Lehre vom Eigenthum, II. Abtheil. p. 168.

quale quindi potrebbe valere *mancipatio*, oppure no. Però a noi pare evidente che *mancipatus* sia un vocabolo più classico sì, ma del resto equivalente a *mancipatio*: quello sta a questa, come *venus* o *venum* a *venditio*: *mancipatus* e *venus*, pur esprimendo la stessa idea, non hanno il valore tecnico di *mancipatio* e *venditio*. Il Dirksen [11] opina che qui si tratti dell' alienazione di un' *universitas* qualunque sotto la forma della mancipazione: in tal caso ne sarebbero state escluse le perle per conservarle alla *familia*. Ma come si fa allora a giustificare l'espressione « *in mancipatum venit* » ?

In fondo, tutti i prelodati scrittori, cioè il Conradi, l'Huschke, il Dirksen, il Böcking, ed anche il Rudorff [12] e il Rein [13], concordano nell' asserire che le perle non siano state mai *res mancipi*, e quindi debbansi reputare incapaci di mancipazione: nondimeno le ragioni, da cui sono indotti a ritenere ciò, ci sembrano insufficienti. Solo il Plange [14], pur giungendo alle medesime conseguenze soddisfa pienamente anche a questa esigenza, e ci dà la più naturale interpretazione delle parole di Plinio. Egli stima che qui si tratti di « alcune frasi enfatiche di Plinio, il quale descrive l'alto valore d' una perla così, come se noi dicessimo: questa pietra preziosa è un oggetto di famiglia, rimane in casa e passa al figlio e ai figli del figlio; — il *sequitur heredem* non è quindi certamente da prendersi alla lettera . . . In ogni caso nulla

[11] Ueber die Mancipation der Perlen. — Verm. Schriften. Abth. 4. Erörterung einiger auf die Mancipation bezüglicher Rechtsfragen, Sell's Iahrb. II. 2.

[12] *Q. et M. Minuciorum sententia* p. 11. sg.

[13] Op. cit. l. c. a pag. 3, nota 5.

[14] Ueber *res mancipi* und *nec mancipi*. pag. 46.

proverebbe tale espressione di uno scrittore non giuridico contro le precise testimonianze dei giuristi ».

§ 2. La mancipazione è applicabile soltanto alle res mancipi.

V' ha varii scrittori, i quali discordano sì dal Cuiacio e dal Bynkershoek, come dal Conradi, Huschke, Böcking ecc.

Essi sostengono che le perle siano state *res nec mancipi*, e nel tempo medesimo sia stata ammessa la loro mancipazione, senza allargare il catalogo delle *res mancipi* di Ulpiano, nè dare al testo di Plinio interpretazione differente da quella, che apparirebbe più naturale. Difatti lo Schulting [15] sull' autorità, com' egli dice, di Giano da Costa [16] e Federico Brummer [17], afferma che la mancipazione sia stata, col progredire dei tempi, estesa anche alle *res nec mancipi*; laonde non è a maravigliarsi se Plinio l'attribuisce alle perle. Han seguito decisamente lo Schulting il Trekell [18], il Meermann [19] e l'Hugo [20], il quale opina che dove fosse bastata la tradizione, la mancipazione non poteva per lo meno nuocere, e lo Zachariae Misenense [21]. Il Glück [22] mostrasi assai dubbio-

[15] Op. cit.
[16] Ad § 40 Inst. *de rer. div.* II. 1.
[17] *Ad Leg. Cinciam.* cap. 13.
[18] Op. cit. pag. 72.
[19] Op. cit. pag. 60.
[20] Rechtsg. § 163.
[21] Op. cit. pars. II cap. VII. not. 64.
[22] Op. cit. l. c.

so e si contenta di raccogliere dalle parole di Ulpiano soltanto ciò, che la mancipazione sia necessaria per le *res mancipi*, e la *traditio* basti per le *res nec mancipi*. Fra quelli a noi più vicini, il Reinhardt [23] e lo Schilling [24] dividono l'opinione dei prelodati scrittori, ammettendo così la mancipazione per le *res nec mancipi*, capaci della proprietà quiritaria, val dire per le cose *nec mancipi* mobili. In tal guisa resterebbero esclusi dalla mancipazione i soli fondi provinciali.

Oltre i luoghi di Plinio allegasi da costoro un luogo di Tacito (Ann. I. 73), in cui questo scrittore, fra le altre accuse rivolte al giudice Falanio, riferisce la seguente: *quod venditis hortis statuam Augusti simul mancipasset.*

Noi, in verità, crediamo che queste parole provino, molto meno di quelle di Plinio, che qui si accenni ad una mancipazione di una *res nec mancipi*. Difatti la voce *mancipare*, se ebbe un significato tecnico pei giuristi, tale non lo ebbe del pari pei letterati e per gli storici, i quali spesso antepongono l'eleganza dell'eloquio alla precisione del linguaggio scientifico. Così, nel caso nostro, Tacito, volendo con un sol vocabolo significare il passaggio della proprietà dei giardini venduti e della statua, adoperò complessivamente per gli uni e per l'altra la parola *mancipatio*, come quella propria ai giardini. Un giurista avrebbe forse scritto: *quod venditis hortis, eos mancipasset simulque statuam Augusti tradidisset.* Tacito, invece, non poteva esprimersi altrimenti: egli doveva far risaltare le colpe imputate a Falanio, adoperando un solo ac-

[23] Op. cit. pag. 28-32.

[24] Bemerk. p. 161. sgg. — Inst. II. p. 512.

cusativo *(statuam)*, per richiamare su di esso l'attenzione del lettore.

Ma, se pure non bastassero le su esposte ragioni a convincere che nè Plinio nè Tacito avessero mai parlato di una vera ed effettiva mancipazione delle *res nec mancipi*, non comprendesi come si possa tuttavia mettere in dubbio il significato esplicito del noto luogo di Cicerone (*in Topicis, c. 10*), ove egli esclude la possibilità della *mancipatio* delle *res nec mancipi* con queste precise parole: *Finge mancipio aliquem dedisse id quod mancipio dari non potest; numne idcirco id ejus factum est qui accepit? Aut num is qui mancipio dedit, ob eam rem se ulla re obligavit?* Boezio (*ad. Top. c. 10*) stupendamente commentando il testo ciceroriano, soggiunge: *Si quis jurisperitus adjiciat, id, quod non jure contractum est, nullius esse momenti, adhibeatque exemplum tale: Velut si quis rem non mancipi mancipaverit, num idcirco aut rem alienavit aut se facto potuit obligasse? minime. Quod enim non jure contractum est, nihil retinet firmitatis.* Al Trekell [25] però non piace tale interpretazione, e, riesaminando il luogo di Cicerone, gli pare che questi abbia voluto dimostrare che la mancipazione non includa in sè l'efficacia d'acquistare un dominio romano, quando non vi sia congiunta un'effettiva *traditio*, ovvero non abbia punto inteso di parlare di *res nec mancipi*, bensì di quelle cose, che non erano affatto capaci di dominio privato, come p. es. l'uomo libero, il fondo provinciale, ecc. ecc.

Ma, a prescindere dal niun conto, in cui il Trekell tiene il commento di Boezio, la sua doppia interpreta-

[25] Op. cit. l. c.

zione è evidentemente contradittoria al testo di Cicerone. Difatti, se da un lato fosse vero che Cicerone avesse voluto soltanto dire essere inefficace la mancipazione a costituire un dominio romano senza la *traditio*, non si potrebbe assolutamente comprendere l' ultima parte del luogo citato: *aut num, qui mancipio dedit, ob eam rem se ulla re obligavit?* Poichè, senza dubbio, in tal caso la mancipazione, se pure avesse dovuto essere seguita dalla *traditio* per l'acquisto del dominio, nondimeno avrebbe da sè stessa obbligato colui, *qui mancipio dedit*, alla *traditio* istessa: altrimenti quale effetto avrebbe essa prodotto? E, dall'altro lato, è troppo ardimentoso l'asserire che il *quod mancipio dari non potest* significhi le cose incapaci di dominio privato, perchè bisognerebbe appaiare la capacità a *mancipari* alla capacità a *tradi*, fondere, cioè la *mancipatio* con la *traditio*, dire che *sunt in mancipio* le cose che sono *nec mancipi* (e che quindi non sono *in mancipio*), identificare i due termini contradittorii. Alla duplice interpetrazione del Trekell adunque, qualora la si consideri attentamente, rimane la sola parvenza della profondità: in realtà essa è completamente erronea. Pure è stata così ben formulata dal suo autore, che il Glück non ebbe il coraggio di rifiutarla, e lo Zachariae [26] la accettò con entusiasmo.

Secondo noi bisogna quindi accettare il testo ciceroniano insieme coll'interpretazione di Boezio. Tuttavia si potrebbe giustamente obbiettare che, anche scartata la interpretazione trekelliana, al luogo di Cicerone non si può al certo dare maggiore forza probatoria di quella che ha. Difatti esso non può provare altro, tranne che

[26] Op. cit. pars. II. pag. 28.

la mancipazione non aveva effetto per le *res nec mancipi*, verso gli ultimi tempi repubblicani. Ma resta sempre il dubbio, se, nell'epoca posteriore, la mancipazione, sorta da principio per le sole *res mancipi*, siasi estesa anche alle *res nec mancipi;* e lo stesso Dirksen [27], che ritiene chiuso il numero delle *res mancipi*, quale risulta da Ulpiano, e che non stima, come abbiamo sopra visto, potersi rilevare da Plinio la capacità delle perle ad essere mancipate, pure non nega che, in alcuni tempi, sia stato permesso l'uso della mancipazione anche pel trasferimento delle *res nec mancipi*. Ma, esclusi i già discussi luoghi di Plinio e di Tacito, che nulla provano di tutto ciò, da quale testo posteriore a Cicerone si può dedurre quest'estensione? Finora non se ne conosce alcuno. Ulpiano scrive in modo da far argomentare con certezza il contrario: *mancipatio*, egli dice, *propria species alienationis est et rerum mancipi* [28]. Lo Zachariae [29] fraintende essenzialmente tali parole, quando così ne chiarisce il senso: *etenim his verbis nihil aliud affirmatur, quam id, quod jam antea diximus, in rebus mancipi alienandis mancipationem ex juris necessitate adhiberi; in reliquis non item.* Al citato paragrafo di Ulpiano non si deve attribuire un valore assoluto, come egli ha fatto, bensì è uopo considerarlo in relazione al paragrafo precedente, che suona: *singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege.* Ora, quando il giureconsulto dice: il dominio delle cose singole si acquista colla mancipazione, la tradizione, la

---

[27] Cit. Sell's Iahrb. II. 2.
[28] Reg. lib. XIX. 3.
[29] Op. cit. l. c. p. c.

usucapione, l'*in jure cessio* ecc. ecc., e soggiunge che la mancipazione é propria alle *res mancipi*, è evidente che essa sia inapplicabile alle *res nec mancipi*. Nè si dica che potendo la *traditio*, chiamata dallo stesso Ulpiano *propria alienatio rerum nec mancipi* [30], servire, in un certo modo, al trasferimento delle *res mancipi*, per la ragione istessa possa la *mancipatio* aver luogo per le *res nec mancipi*. Poichè la *traditio*, essendo nel tempo medesimo un istituto *juris civilis* e *juris gentium*, ha una doppia efficacia, civile e naturale, e laddove non produce il suo effetto civile, cioè il dominio quiritario, produce il suo effetto naturale, cioè il dominio bonitario: essa produce il primo effetto nelle *res nec mancipi*, cui è propria, ed il secondo nelle *res mancipi*, cui non è propria. La *mancipatio*, invece, istituto sorto unicamente nel dritto civile, non ha che un'efficacia civile, e prodotta questa nelle cose, cui è propria, è inapplicabile alle altre. Con Ulpiano concorda interamente Gaio, il quale anzi si mostra di lui ancora più esplicito nel § 22. comm. II, ove leggesi: *Mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde proprie mancipi res sunt dictae.*

§ 3. La distinzione di res mancipi e nec mancipi si riferisce alle sole res singulares.

Dimostrata in tal guisa l' enumerazione fatta delle *res mancipi* da Ulpiano e da Gaio come rigorosamente tassativa, non ci è dato proseguire, pria d'esaminare, se sia

---

[30] Reg. lib. XIX. 7.

giusta o no la congettura del Conradi [31], ch'essa debba riferirsi alle sole *res singulares*, del cui trasferimento si occupa il giureconsulto nel citato titolo del suo *liber singularis Regularum*, e non alle *universitates*. Gaio però nel § 14. comm. II annovera fra le *res incorporales* l'eredità, nel § 17 *cod.* dice che tutte le cose incorporali, tranne le servitù rustiche, sono *nec mancipi*, e finalmente nel § 34 *cod.* afferma: *hereditas quoque in jure cessionem tantum recipit* (quindi non *mancipationem*); ed Ulpiano con lui completamente s'accorda nel § 11. tit. XIX. *Lib. Reg.* Ma, astrazione fatta dalle precise e consone testimonianze dei giureconsulti, noi stimiamo che, anche senza di esse, si sarebbe potuto venire alla conclusione, che le *universitates* non fossero state *res mancipi*. Difatti, anche ammettendo col Conradi che la partizione d'Ulpiano si riferisca alle sole *res singulares*, noi non ne troviamo un'altra per le *universitates*; laonde siamo obbligati ad annoverarle fra le *res nec mancipi;* poichè le *res mancipi* sono di fronte a queste in una condizione privilegiata, ed il privilegio non può estendersi oltre ai confini assegnatigli. Nè ciò è contradetto, anzi è affermato dalla *familiae mancipatio*. La parola *familia*, intesa in un senso nè molto largo nè molto ristretto, coincide con la parola *mancipium*, che significò negli antichissimi tempi, la potestà del *paterfamilias* sulle cose. Ora, se per costituire un *mancipium singulare*, per trasferire una *res mancipi*, v'era bisogno della *mancipatio*, questa richiedevasi *a fortiori* nel trasferimento del complesso delle *res mancipi*, cioè del *mancipium* o *familia*. Vero è che nella *familia*, com'essa appare nel diritto classico, si contennero anche le *res nec mancipi;* ma,

[31] Op. cit. cap. 7. § 13.

come in seguito dimostreremo, il concetto della *familia* dovette dapprima coincidere con quello del *mancipium* e poi con quello del *patrimonium*. Però, anche allorquando *familia* equivalse a patrimonio e fu il complesso di *res mancipi* e *nec mancipi*, perdurò la ragione di considerarla come *res mancipi*, e quindi trasferibile con la *mancipatio*, essendo ben naturale ch'essa traesse il suo carattere dalla parte più nobile delle cose in sè contenute. Il Dirksen [32] stima che la *familia* non fosse stata *res mancipi* e pur nondimeno si fosse potuta mancipare: abbiamo già dimostrato quanto ciò fosse contradittorio, anzi assurdo. Tuttavia, se la *familia* è indiscutibilmente *res mancipi*, come spiegasi che l'*hereditas* fosse stata, con pari certezza, inclusa fra le altre cose, senza apportare un'eccezione di più al principio che le *res incorporales* fossero *nec mancipi*? La ragione è semplicissima; imperciocchè l'*hereditas* è un'*universitas*, in cui le diverse cose in essa contenute, sono già sciolte dalla potestà dell'*herus*, e sono diventate *sui juris*, per usar la bella frase di Boezio; non stanno nel *mancipium* di alcuno, e non posseno dare quindi al loro universale astratto la qualità, di cui esse stesse mancano. Per la *familia* è a dirsi perfettamente il contrario: le cose, che vi si trovano, stanno tutte nella potestà o mancipio del *paterfamilias;* laonde è ben naturale, ch'essa si reputi *mancipi*, anche quando si prenda nel senso più astratto, che si voglia, come ha fatto l'Huschke [33], il quale, considerata la come la libertà patrimoniale, conchiuse ch'essa era *mancipi* come la persona cui competeva.

---

[32] Sell's Iahrb. II. 2.

[33] Studien pag. 233. Nexum pag. 36.

§ 4. Distinzione tra le personae mancipi e le res mancipi.

Il Puchta [34] annovera fra le *res mancipi* gli uomini liberi *in potestate*, *manu* o *mancipio*. L'espressione del Puchta, nota il Plange [35], potrebbe essere soltanto inesatta, pur essendo giusta; in quanto che l'emancipazione ha luogo per le *personae in potestate*, *manu* e *mancipio*; il che Puchta qui certamente assimila con l'essere *res mancipi*. Noi osserviamo, invece, che il Puchta fa benissimo ad assimilare, anzi identificare ciò che si può mancipare con ciò che dicesi *mancipi*, però non gli è permesso di chiamare *res* l'uomo libero, che invece è persona. Adunque, se le *personae in potestate*, *in manu* e *in mancipio*, possono manciparsi, si chiamino esse pure *personae mancipi*, senza alterare punto il naturale concetto delle *res*, interpretando i Fonti con soverchia libertà.

§ 5. Tra gli animali da tiro e da soma sono soltanto res mancipi quelli enumerati da Ulpiano.

Alcuni interpreti, quantunque abbiano intesa la partizione d'Ulpiano restrittivamente, e accettato che le *res mancipi* fossero quelle sole da lui descritte, pure non destituiscono di ogni suo valore il *velut* che precede le parole *boves*, *muli*, *equi*, *asini*, poggiando questa loro asserzione sul noto luogo d'Isidoro [36], in cui è detto che

[34] Inst.. § 238.
[35] Op. cit. pag. 9.
[36] Orig. lib. IX. 4. 45.

quae (animalia) in bestiarum numero sunt, tunc videntur mancipium esse, quando capi sive domari coeperint.

Però, pria di dimostrare fondata su d'un equivoco la sentenza d'Isidoro, trovandosi in contradizione col relativo testo di Gaio, ci piace osservare che dal semplice esame del luogo d'Ulpiano risulta non poter darsi la menoma importanza al *velut* posto innanzi a *boves*, *muli* ecc.; poichè quivi stesso il giureconsulto ha adoperato le parole *qualis* e *velut*, senza dar loro alcun valore esemplificativo [37].

Ritornando ora ad Isidoro, egli crede che competa la qualità di *res mancipi* a tutti gli animali domestici ed alle bestie *quae capi sive domari coeperint*; ma cade, lo ripetiamo, in un enorme equivoco, a convincersi del quale basta la sola lettura dei §§ 15 e 16 delle Istituzioni di Gaio (comm. II), ov'è chiaramente esposta la controversia tra i Proculeiani, i quali ritenevano che gli animali delle quattro suindicate classi dovessero, per considerarsi *mancipi*, essere realmente domati; e i Sabiniani, cui Gaio accede (II. 18), i quali sostenevano il contrario. Però e gli uni e gli altri erano d'accordo nel dichiarare *nec mancipi ea animalia, quae ferarum bestiarum numero sunt, velut*

[37] Di fatti, quali sono gli altri *praedia rustica*, oltre i *fundi*, e gli *urbana*, oltre la *domus*? Quanto poi alle servitù non v'ha dubbio ch'esse non fossero più delle quattro suindicate all'epoca, in cui s'andò stabilendo la partizione delle *res in mancipi* e *nec mancipi*. Le altre servitù rustiche nacquero, com'è noto, molto più tardi, modellandosi sulle quattro antiche, di cui allargossi il contenuto pei cresciuti bisogni, ma che rimasero sempre le vere e sole servitù rustiche. Ciò deducesi anche dal pr. e § 2. Inst. *de serv.* II. 3.: *Rusticorum praediorum jura sunt haec: iter, actus, via, aquaeductus... In rusticorum praediorum servitutes* (Mommsen) *quidam computari recte putant aquae haustum, pecoris ad aquam appulsum etc.*

elephantes et cameli. Et ideo ad rem non pertinet quod ea animalia etiam collo dorsove domentur.

§ 6. L' elenco delle res mancipi era già chiuso ai tempi di Varrone.

Finalmente è sorto il dubbio, se le *res mancipi* furono, fin dal sorgere della loro classificazione, tutte quelle, che riferiscono Ulpiano e Gaio. Tale dubbio è nato da una testimonianza di Varrone (*de R. R.*), che sembrerebbe a prima giunta decisiva. Questi suddivide il capitolo della *pastoricia res*: « *ut bonum pares pecus* » in quattro sezioni, una delle quali tratta *de jure in parando, quemadmodum quamque pecudem emi operteat civili jure*. E questa comprende due momenti: da una parte l' *emtio* in se, dall' altra la perfezione di quest' *emtio* con la *solutio nummorum*, e la trasmissione del dominio dal venditore al compratore: *quod enim alterius (i. e. venditoris) fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere* (II. 1. 15). Per quel che concerne questo *necesse est aliquid intercedere*, Varrone così si esprime a proposito della *emtio servi* (II. 10. 4.): *in emtionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt..... si ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit.* Per converso, circa all'*emtio ovium* e *canum* (II. 2. 6: II. 9. 7) egli adopera le espressioni « *si non tradet* », « *traditum est* »: quanto all' *emtio suum* e *caprarum* non dice nulla; laonde è a conchiudersi che, secondo lui, i servi sono *res mancipi*; l' *ovis*, il *canis*, la *capra*, il *sus* sono *res nec mancipi*. Il requisito, ch' esige nell' *emtio asinorum* ed *equorum*, è anche la sola *traditio*: *In mercando (sc. asino) item ut ceterae pecudes emtionibus et traditionibus dominum mutant* (II. 6. 3) e: *quos (sc. asinos) emimus item ut equos stipu-*

lamurque in emendo ac facimus in accipiendo idem, quod dictum est in equis (II. 8. 3). Quanto all'*emtio boum*, essa è seguita dalla semplice *traditio*, come quella *equorum* ed *asinorum*: *emtio equina similis fere ac boum et asinorum, quod eisdem rebus in emtione dominum mutant, ut in Manilii actionibus sunt perscripta* (II. 7. 6). Al contrario, per quel che si riferisce all'*emtio muli* (II. 8. 5.), Varrone non ci dà alcuna indicazione, che ci possa servire di norma; però essa soggiace senza dubbio alle stesse regole, che valgono per l'*emtio asini*, *boum* ed *equorum*. In tal guisa, per ciò che concerne gli animali da tiro e da soma, Ulpiano e Gaio sarebbero in aperta contradizione con Varrone: i primi li considerano come *res mancipi* e quindi trasmessibili con la *mancipatio*, il secondo li considera trasmessibili con la sola *traditio* e quindi come *res nec mancipi*. Parecchi interpreti, da noi citati, si sono sforzati di conciliare le due opposte sentenze, ricorrendo ai seguenti argomenti:

1) Varrone è caduto in errore circa il diritto vigente all'epoca sua (Ballhorn-Rosen), o intende parlare della mancipazione, laddove parla della *traditio asini* (Meister). Ciò è inaccettabile, porchè si metterebbe in questione non solo l'autorità di Varrone, che fu pure un giurista, ma anche le *leges vedendarum Manilii*. 2) Varrone si è voluto esprimere sul contratto di vendita, ma non sul modo di acquisto della proprietà (Meister, Ballhorn-Rosen). Ciò non è vero, poichè Varrone si propose appunto questo secondo tema. 3) Gli animali da tiro e da soma sono *res mancipi*, solo allorquando si appartengono all'*instrumentum rusticum* (Pufendorf). Tale distinzione se, quantunque infondata, s'ammettesse, non eliminerebbe la contradizione. 4) I quadrupedi da tiro e da soma furono rico-

nosciuti per *res mancipi* dopo Varrone, ma prima di Gaio e di Ulpiano (Voigt). Questo sarebbe in perfetta antites alla natura delle *res mancipi* e della loro distinzione con le *res nec mancipi*, la quale sorse nella più antica epoca di Roma, e non negli ultimi tempi della Repubblica.

L' unico tentativo di conciliazione, che ci sembra accettabile, è quello di T. M. Zachariae. Secondo questo scrittore si riferiscono alle *res mancipi* le bestie che davvero *collo dorsove domantur*; laonde ne sono esclusi i polledri e gli stalloni, dei quali deve intendersi a preferenza nel capitolo *de re pecuaria*. Questa distinzione è riconosciuta da Varrone istesso (lib. II cap. 5. n. 11, cap. 6. n. 4, cap. 7. n. 13), e fu adottata dai giureconsulti di parte proculeiana, siccome risulta dal citato § 15. comm. II. di Gaio, che però non l' accetta (II. 16).

§ 7. Elenco completo delle res mancipi.

Adunque i Fonti non s' oppongono al nostro modo di vedere, secondo il quale le *res mancipi* non furono, durante la loro esistenza, mai nè più nè meno di quelle annoverate da Ulpiano e da Gaio, il cui pensiero è stato questo:

Tutte le cose sono o *mancipi* o *nec mancipi*. Sono *mancipi* le seguenti:

1) I fondi siti nel suolo italico, tanto rustici quanto urbani.

2) Le quattro antichissime servitù prediali rustiche (*iter, actus, via, aquaeductus*).

3) Gli schiavi d' ambo i sessi.

4) Gli animali indigeni da tiro e da soma (*boves, muli, equi, asini*).

CAPITOLO II.

Conseguenze giuridiche delle res mancipi.

§ 8. Gli effetti delle res mancipi son da ritracciarsi nel diritto pregiustinianeo.

Cornelio di Bynkershoek nella prefazione del suo opuscolo *de rebus mancipi et nec mancipi* dice, che, abolita da Giustiniano tale distinzione delle cose, Triboniano non credette opportuno d'inserire nelle Pandette i luoghi, che di essa trattavano, mentre, per converso, ve ne inserì degli altri, che non possono spiegarsi senza conoscere quella distinzione, e soggiunge che dovremmo affatto disperare di comprendere tali luoghi, se ci mancasse l'aiuto dei pochi Fonti superstiti anteriori a Giustiniano. Ciò è verissimo, e se si volesse confermare con qualche prova, ne sarebbe esempio luminoso la L. 48. D. *de pactis* II. 14, la quale non potrebbe intendersi senza la nozione della nostra partizione delle *res*, e delle sue conseguenze giuridiche. In essa è detto: *In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est*, ed è evidente che occorra sostituire alla parola *traditionibus* la parola *mancipationibus*, come ha fatto l'Huscke [38], il quale sulla base del § 50. dei Frammenti Vaticani asserisce non sembrargli

[38] *Fl. Syntr.* pag. 16. nota 26.

dubbio che Gaio abbia scritto: *In mancipationibus rerum, quae mancipi sunt etc.*

Tuttavia, l'esatta conoscenza dell'antica partizione delle *res* in *mancipi* e *nec mancipi* se nel diritto giustinianeo è preziosa, come che serva alla retta interpretazione di alcuni testi, pure il suo maggior valore si ritrova nel diritto anteriore a Giustiniano, ove gli effetti pratici della nostra distinzione s'incontrano ad ogni piè sospinto. Valicheremmo i confini assegnati alla nostra dottrina, se volessimo esaminare i testi giustinianei, i cui autori tennero, nello scriverli, conto della partizione delle *res* in *mancipi* e *nec mancipi*; poichè tali testi, come per es. la già citata L. 48 *de pactis*, van riferiti molto più propriamente alla teorica della *mancipatio*, che a quella delle *res mancipi*. È nostro compito invece discorrere degli effetti pratici della partizione, i quali non possono incontrarsi che nei superstiti Fonti del diritto pregiustinianeo.

Gl'interpreti vecchi e nuovi, che giustamente ed universalmente riconobbero la condizione privilegiata delle *res mancipi* rispetto alle altre nell'antico diritto romano, nulladimeno non sempre furono d'accordo circa l'estensione degli effetti pratici speciali alle prime. E ciò è naturale; poichè se essi dovettero per necessità convenire nell'ammettere concordemente alcuni effetti, in espressa maniera dai Fonti concessi alle sole *res mancipi*, potettero, d'altra banda, dissentire sugli effetti, ch'essi indussero da indirette testimonianze e dalla natura istessa di tali cose.

§ 9. Le sole res mancipi possono essere obbietto del dominio bonitario.

Nessuno interprete, a parer nostro, ha attribuito alle *res mancipi* di fronte alle altre un valore eccessivo ed ingiustificabile, come Giovanni Reuter [39], il quale crede che le *res nec mancipi* non sieno state punto capaci di qualsiasi specie di dominio, che, per converso, cadeva soltanto sulle *res mancipi*, ed era quiritario o bonitario, secondo che si fosse acquistato con un modo civile ovvero naturale. Egli, in tal guisa, mentre intende di correggere l'opinione di Francesco Carlo Conradi, aumenta il costui errore, ed ottiene semplicemente lo scopo, certo non propostosi, di far vedere a quali assurde conseguenze possa mai condurre la sentenza troppo arrischiata e larga del Conradi. Questi, difatti, non era giunto ad escludere cotanto arbitrariamente le *res nec mancipi* da ogni sorta di dominio, bensì erasi limitato ad asserire, che dominio quiritario sia stato chiamato quello, che avea luogo nelle *res mancipi*, qualora esse fossero state acquistate *modo civili*, e dominio bonitario o naturale quello invece, che ognuno, sia cittadino o pur no, avesse aquistato sopra una *res nec mancipi jure gentium*, e che potea diventare civile solo con l'usucapione. Che tali asserzioni, quantunque meno di quelle del Reuter, sieno anch'esse molto false, è stato con parecchi argomenti, tutti concordanti e desunti dai Fonti, dimostrato da Trekell, Hommel, Hugo, Zachariae Misenense e tutti gli altri che vennero dopo. Le obbiezioni, innanzi alle quali cade inesorabil-

[39] Op. cit.

mente la dottrina del Conradi e del Reuter, sono state dal Glück stupendamente compendiate in queste quattro:

1) Anche mercè un modo naturale di acquisto poteva acquistarsi una proprietà quiritaria senza usucapione alcuna [40].

2) Tutte le cose, che possedeva un cittadino romano e che non erano nominatamente escluse, potevano essere nel dominio quiritario [41].

3) Solo quanto al modo d' acquisto derivato, cioè la *traditio*, eravi una importante differenza tra le *res mancipi* e *nec mancipi* [42].

4) Potendo stare nel dominio civile tanto le *res mancipi*, quanto le *nec mancipi*, non v'ha alcun dubbio che anche queste potessero acquistarsi con modi civili [43] (tranne la *mancipatio*, aggiungiamo noi conformemente a quel che nell' altro capo abbiamo dimostrato).

Laonde il Glück conchiude, d'accordo col Trekell e con l' Hugo, che « il *dominium quiritarium seu legitimum* era quello, che poteva acquistare soltanto un cittadino romano su d'una cosa di ciò capace *(mancipi* e *nec mancipi)*, in un modo cui la legge avesse dato tale effetto ».

Adunque non si può con serietà affermare che le *res nec mancipi* fossero state incapaci di dominio, e nemmeno che soltanto sulle *mancipi* fosse caduto il dominio quiritario. I Fonti negano recisamente ciò, anzi ammettono

---

[40] Vedi L. 5. in f. D. *de acq. rer. dom.* XLI. 1. L. 3. D. *de rerum divisione* I. 8. L. 1. D. *pro derelicto* XLI. 7. § 18. Inst. *de rer. div.* II. 1. Dionis. lib. VI. Vedi inoltre: L. 23 pr. D. *de R. V.* VI. 1. 1. 1 § 1. D. *de. acq. rer. dom.* XLI. 1.

[41] Ulp. Fragm. XXIV. § 7.

[42] Ulp. Fragm. l. c. §§ 3 e 7.

[43] Ulp. Fragm. l. c. §§ 8. 9. 16. 17.

proprio il contrario, val dire che il dominio quiritario avea luogo per ambo le specie di *res* [44], e se v'era un dominio possibile solo sulle *res mancipi* era invece il dominio bonitario. Questa appunto è la maggiore conseguenza giuridica, ch'ebbe la nostra partizione nel diritto pregiustinianeo. Noi non istaremo qui a far la storia dell'origine del dominio bonitario in Roma, ma notiamo soltanto ch'essa si rannoda essenzialmente alla distinzione delle *res* in *mancipi* e *nec mancipi*. Difatti, è notissimo, da un lato, che per le *res nec mancipi* basti la sola *traditio* per trasferirne il dominio quiritario [45], e, dall'altro, i peregrini non erano capaci del dominio bonitario; perchè, se avessero avuto tanta capacità, non potrebbero comprendersi il § 16. comm. I di Gaio nè il § 16. Tit. I. di Ulpiano, il quale ultimo è così concepito: *Qui tantum in bonis non etiam ex jure Quiritium servum habet, manumittendo latinum facit*. E sarebbe davvero strano, che il peregrino avesse il potere di dare al suo schiavo mercè le manumissione una cittadinanza superiore alla sua, cioè la latina. Ora, se si escludono dal dominio bonitario le

---

[44] L'Huschke nel confutare l'opinione di Niebuhr, secondo il quale tutte le cose, che originariamente appartenevano a qualcuno *ex jure Quiritium*, erano *res mancipi*, nota saviamente che, « se in un'epoca posteriore possono stare senza dubbio nella proprietà quiritaria tanto le *res mancipi* quanto le *nec mancipi*, non v'ha alcuna ragione per indurre che non sia stato così anche prima. Quanto poi il credere, che più tardi arbitrariamente alcune cose siano state tolte dalla lista delle *res mancipi*, contraddica alla romana maniera di procedere da principii determinati, lo sente ognuno, ancorchè non sia in grado di addurre il carattere distintivo delle *res mancipi* ».

[45] V. Gai. comm. II. §§ 41-204. Ulp. XIX §§ 4 e 7. Paul. S. R. lib. 1 tit. 13 A § 4.

cose *nec mancipi* e i peregrini, tal dominio non può aver luogo che da parte della persona d'un *civis romanus*, come subbietto, su d'una *res mancipi*, come obbietto. Ciò risulta chiarissimamente da Gaio (Comm. I. § 54. Comm. II. §§ 40. 41).

§ 10. Influenza delle res mancipi e nec mancipi sui modi d'acquisto della proprietà.

Sembraci presso che ozioso riparlare dell'effetto precipuo della distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi*, cioè delle conseguenze ch'essa ebbe nei modi d'acquisto della proprietà; nondimeno osserviamo, che, essendo la nostra distinzione eminentemente ed esclusivamente romana, produsse tali conseguenze soltanto nelle *civiles adquisitiones* e non nelle *naturales*. Così tra le prime si distinse la *mancipatio* propria alle sole *res mancipi*, e la *traditio* propria alle sole *nec mancipi*, e le altre, cioè *in jure cessio*, *adjudicatio* ecc. comuni ad ambo le classi di cose [46]; le seconde invece ebbero indistintamente la medesima efficacia per ogni genere di *res*, tranne la *traditio*, che, come abbiamo visto, applicata alle *res mancipi* produce il semplice dominio bonitario [47].

[46] V. Ulp. XIX. cf. anche Gai. comm. II. §§ 19-22.

[47] Il Galvani *(de usufructu* cap. 25 n. III. pag. 275. reputa dominio bonitario quello che acquistavasi *modo mere naturali* (occupazione, tradizione ecc.), e quiritario quello che acquistavasi *modo et solemnitate civili* (cioè con la *mancipatio*, la *in jure cessio* ecc.) Il dominio bonitario acquistato con un modo originario avrebbe poi avuto bisogno, per tramutarsi in quiritario, dell'usucapione in base al titolo *pro suo:* egli si appoggia alla L. 2. D. *pro suo* XLI. 10. di Paolo. Il Glück però ha, nell'opera e luogo da noi citati, dimo-

Gli effetti prodotti dalla nostra partizione, finora da noi considerati, sono generali, di guisa che costituiscono un elemento essenziale allo svolgimento storico del diritto romano. Tuttavia, essa generò altresì delle conseguenze speciali, che noi ci accingiamo ad esaminare.

§ 11. I fondi provinciali non sono capaci di dominio, nè quiritario, nè bonitario.

La prima di tale conseguenze speciali discende dal § 7. comm. II. delle Istituzioni di Gaio, dove continuandosi la trattazione delle *res divini et humani juris*, è detto: *Sed in provinciali loco placet plerisque, solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi romani est, vel Caesaris; nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur. Utique tamen ejusmodi locus, licet non sit religiosus, pro religioso habetur: quemadmodum quod in provinciis non ex auctoritate populi romani consecratum est, proprie sacrum non est, attamen pro sacro habetur.* Da questo paragrafo di Gaio adunque risulta che, quanto alle cose immobili, esse non possono stare nella proprietà privata, se non sono *mancipi*, cioè italiche; mentre sui fondi provinciali i privati non possono avere che soltanto il possesso e l'usufrutto. Stupenda è poi l'applicazione pratica, ch'egli fa di questo principio relativamente ai luoghi sacri e religiosi. Di fatti, s'è vero che il luogo diventa sacro per volontà nostra, *mortuum inferentes in locum nostrum* [48], non potrà diventare religioso quel luogo, che non è no-

strato quanto sia infondata l'opinione del Galvani e male interpretata la L. 2. *pro suo.*

[48] V. § 8 Inst. II. 1.

stro, cioè nella nostra proprietà; laonde i fondi provinciali, di cui non abbiamo che il possesso e l'usufrutto, non diventano mai luoghi religiosi, e tutt'al più possono eguagliarsi negli effetti ai luoghi veramente religiosi (*pro religiosis habentur*). I luoghi sacri invece ripetono la loro origine dall'autorità pubblica, senza la quale nulle sono la *dedicatio* e la *consecratio* [49], e potranno benissimo essere dei fondi provinciali: quindi, mentre i primi *habentur pro religiosis* in ogni caso, i secondi *habentur pro sacris*, solo quando non siano consacrati *ex auctoritate populi romani*, il che non costituisce una specialità pei fondi provinciali, ma un requisito essenziale per l'esistenza di qualsiasi luogo sacro.

La proprietà provinciale quindi distinguevasi dalla romana non solo pel modo di trasferirla (il che costituiva l'unica differenza sostanziale fra le altre *res nec ipimanc* e le *mancipi*), bensì ancora pel contenuto eterogeneo. Essa non potea per nulla paragonarsi al dominio bonitario, che conduceva sempre al dominio quiritario; laonde non l'era concessa l'usucapione: *item provincialia praedia usucapionem non recipiunt* [50].

§ 12. È vietata alle donne l'alienazione delle res mancipi sine tutore auctore.

Un'altra importante conseguenza della distinzione delle *res in mancipi* e *nec mancipi*, ma ch'ebbe un valore in un istituto giuridico, caduto molto tempo innanzi Giustiniano, cioè nella tutela delle donne, risulta da Ulpiano

[49] V. L. 9. pr. § 1. *de div. rer.* I. 8—§ 8. Inst. *de rer. div.* II. 1.
[50] Gai. comm. II. § 46.

(Fragm. XI. 27), il quale così si esprime: *Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem.... si rem mancipi alienent: pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec mancipi alienatione tutoris auctoritate opus est.* L'identico concetto è espresso da Gaio nel comm. I. § 192 e comm. II § 80, dei quali il primo così suona: *Sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelleguntur, eo quod hi neque.... neque ad res mancipi alienandas.... auctores fieri coguntur;* ed il secondo: *Nunc admonendi sumus, neque feminam, neque pupillum, sine tutore auctore rem mancipi alienare posse; nec mancipi vero feminam quidem posse, pupillum non posse.* Nei paragrafi seguenti di Gaio (§§ 81—85) si conferma ciò con l' allegazione di prove in contrario, di guisa che la donna può fare validamente un mutuo, *cum scilicet ea pecunia res nec mancipi sit,* il che non può fare il pupillo. Inoltre, qualunque cosa, sia *mancipi*, sia *nec mancipi*, può essere ricevuta in pagamento dal pupillo o dalla donna e passa nel costoro patrimonio; però il debitore non resta liberato dalla sua obbligazione, quando egli paga al pupillo, *quia nullam obligationem pupillus sine tutore auctore dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutore auctore concessa est.* . . . Se invece paga alla donna, resta liberato: *Mulieri vero etiam sine tutore auctore recte solvi potest; nam, qui solvit, liberatur obligatione; quia res nec mancipi, ut proxume diximus, a se dimittere mulier, et sine tutore auctore potest.*

In questi luoghi d' Ulpiano e di Gaio è vietata alle donne l'alienazione delle *res mancipi*, senza l'autorizzazione del tutore, mentre, d'altra banda, questa non è loro necessaria, qualora debbano disfarsi d'una *res nec mancipi*. La ragione di tale disposizione è stata differente nel diritto antico e nel nuovo.

Quanto al diritto antico essa è risposta nelle seguenti parole del citato § 192 comm. I. di Gaio: *ne alienatis pretiosioribus rebus minus locuples ad eos* [*scilicet patronos et parentes*] [51] *hereditas perveniat* Questo motivo addotto dal giureconsulto è valevolissimo a spiegarci il perchè rispetto alle donne il divieto d'alienare, senza l'autorizzazione del tutore, si fosse ristretto alle sole *res mancipi*, mentre pel pupillo esso estendevasi su d'ogni specie di cose. Tale differenza si fonda sulla diversa natura della *tutela impuberum* e della *tutela mulierum*: la prima è, com'è notissimo, un istituto giuridico comune a tutte le genti e conforme al diritto naturale, il quale esige che tutti coloro che non possono governarsi da sè, sien guidati da altri idonei a supplire alla loro incapacità; la seconda, invece, è un istituto proprio del diritto civile romano, il quale istituto sorse e si applicò non perchè ne avessero bisogno alcuno le persone ad esso soggette, bensì per non distrarre le cose dalle famiglie gentilizie [52]. In conseguenza di ciò, era ben ragionevole che ai pupilli fosse vietata qualunque alienazione *nisi tutore auctore*, come che essi fossero incapaci a giudicare sulla convenienza della medesima, ed al contrario si permettesse alla donna d'alienare a suo libito le *res nec mancipi*, non ostando alcuna ragione civile ed essendo ella naturalmente capace, e le si proibisse la sola alienazione delle *res mancipi*, senza l'autorizzazione del tutore legitimo; poichè a ciò opponevasi

[51] Con una *lex Claudia* dell'anno 44 d. C. era stata abolita la *agnatorum tutela* sulle donne, laonde non erano rimaste come tutele legitime di esse, che quelle *parentum* e *patronorum*.

[52] Leggi tutto il § 192. citato.

un forte motivo civile, quello di cui parla Gaio nella seconda parte del § 192. comm. I. Sarebbe stata strana la concessione alle donne di poter distrarre da sè le *res mancipi*, laddove la tutela della donna ebbe origine appunto dalla necessità politica di conservare intatto il patrimonio familiare, di cui dimostreremo quanta e quale parte rilevante fossero state le *res mancipi*.

Il vario trattamento adunque del pupillo e della donna rispetto alla loro necessità dell'autorizzazione tutoria per quel che riflette l'alienazione delle cose, ne mena involontariamente ad un'altra considerazione, la quale, secondo noi, è attissima a confortare quanto abbiamo detto circa lo speciale motivo, per cui le sole *res mancipi* eran sottratte al *jus alienandi* della donna. Egli è certo che la donna, quanto a tali cose, ha bisogno, per alienarle, dell'autorizzazione del tutore, ed è rispetto ad esse parificata al pupillo. Intanto, mentre ogni *res* del pupillo, sebbene non alienata con l'autorizzazione tutoria, è nel diritto antico soggetta all'usucapione [53], purchè, secondo i principi generali, si fondi su d'un errore di fatto e non di diritto; la *res mancipi* della donna, per converso, non poteva, qualora fosse stata alienata senza l'autorizzazione del tutore, assolutamente usucarpirsi, come risulta dalla coordinazione dei §§ 45-47. di Gaio comm. II: *Set aliquando etiamsi quis bona fide alienam rem possideat, numquam tamen illi usucapio procedit . . . . item mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent: idque ita lege XII Tabularum cautum erat.* Questa disposizione delle 12 Tavole è un' antichissima applicazione d' un

[53] V. L. 2. § 15. D. *pro emptore* LXI. 4.

principio ancora vigente: tutto ciò ch' è inalienabile è imprescrittibile [54]. Ora l'incapacità d' alienare dei pupilli non è di diritto, bensì semplicemente d'agire, e non può quindi ingenerare nella cosa l'inidoneità ad essere usucapita, come avviene quando la persona relativamente alla sua cosa è, per una ragione speciale, incapace del diritto d'alienarla. In altri termini, non si possono usucapire quelle cose, per cui esiste un divieto d'alienare, il quale non ha luogo nei casi, in cui il proprietario, per mancanza della capacità del volere, non ha alcuna disposizione (per es. il pupillo, il mentecatto), bensì soltanto in quelli, in cui egli può disporre in generale, ma non può alienare in specie una data cosa per una ragione giuridico-civile (per es. la donna rispetto alle *res mancipi*, ch'é il nostro caso; il marito rispetto al fondo dotale per la *lex Iulia de fundo dotali;* il tutore e il curatore rispetto ai beni del pupillo e del minore contemplati dall'*oratio divi Severi* ecc.) [55]. Possiamo adunque conchiudere che il divieto d'alienare, imposto alla donna soggetta alla *tutela patronorum*, sorse non per una ragione inerente alla tutela, bensì per una necessità civile, *ne..... alienatis pretiosioribus rebus..... minus locuples ad eos (sc. patronos et parentes) hereditas perveniat*, e si limitò alle sole *res mancipi*, perchè queste furono senza dubbio le più preziose nei primi tempi di Roma.

La ragione di tal divieto d'alienare non poteva riscontrarsi che nella tutela legitima, che, abolita l'*agnatorum*

---

[54] Donello V. 23.

[55] Ved: Lauk, nella Zeitschrift für civil. R. und Pr. V. Nr. 1. pag. 2 sg. Bachofen, Ausgewählte Lehren III. IV.—Pagenstecher, op. cit. I. Abtheilung, pag. 75. sgg.

tutela, si era ridotta alla *patronorum et parentum tutela*, soltanto alla quale Gaio attribuisce (I. 192) gli effetti che dapprima inerivano alla tutela legittima in generale. Ciò posto, sorprende come lo stesso Gaio nel citato II. 80 affermi in tesi generale che la donna, a qualunque specie di tutela sia soggetta, non può alienare una *res mancipi sine tutore auctore*. Certo questo divieto non può considerarsi come un'estensione dell'antico divieto relativo alla sola tutela legittima: ciò sarebbe stato contrario alla ragione per cui il divieto sorse ed alla storia della tutela muliebre in generale; inoltre il § 192 del comm. I. di Gaio apparrebbe affatto superfluo.

L'indole del divieto, che risulta da Gaio II. 80, dev'essere ben altra da quella dell'antico divieto proprio alla tutela legittima, di cui s'incontrano le ultime tracce nel cit. II. 192. Nei tempi antichissimi, quando il concetto della *familia* e del patrimonio di questa era assai rigoroso ed esclusivo, i Romani credettero necessario d'assoggettare le donne ad una perpetua tutela, la quale fu a preferenza la legitima, acciocchè i tutori, avendo interesse alla conservazione della *familia*, invigilassero le donne, che, non avendo per questa interesse alcuno, avrebbero potuto sperperarla, qualora non fosse stato loro limitato il *jus alienandi sine tutore auctore*. Ciò, per quanto sia consono ai criterii regolatori dell'antico diritto di famiglia romano, altrettanto è iniquo per sè stesso e di fronte al *jus naturale*, di guisa che come questo a poco a poco cominciò a guadagnare terreno, la più odiosa delle tutele muliebri, appunto perchè la più corrispondente all'antico sistema familiare romano, la tutela *agnatorum*, venne a cessare. Ai tempi di Gaio la tutela delle donne era agli ultimi aneliti: questo giureconsulto la considera come irragionevole, e se non

la chiama a dirittura tale, ne è trattenuto dal naturale rispetto pei *veteres, qui voluerunt feminas etiam si perfectae aetatis sint in tutela esse* (I. 144). Egli, difatti, così si esprime I. 190: *Feminae vero perfectae aetatis in tutela esse, fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur; nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur, et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera.* Pur non di meno, ad esclusione dell' *agnatorum mulierum tutela*, tutte le altre continuavano ad esistere, però non più nell'interesse della *familia*, bensì nell'interesse della donna stessa, la cui condizione giuridica privata era stata quasi pareggiata a quella dell'uomo. Nel diritto dell'epoca imperiale il tutore muliebre non avea più potestà di sorta sulla donna soggetta alla sua tutela; egli era soltanto il consigliere della donna, la quale per altro geriva da sè ogni suo negozio, ed in quei pochi casi, in cui, come nell'*alienatio rei mancipi*, era necessaria l'autorizzazione del tutore, costui poteva essere dal pretore costretto a darla anche contro la propria volontà: *et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor a praetore cogitur.* La disposizione, di cui parla Gaio II. 80, non è imposta alla donna che nel suo interesse, e non nell' interesse del tutore, come quella, di cui ultima menzione si fa nel comm. I. 192; laonde il citato § 80. pone, secondo noi, la donna in una condizione privilegiata, che le fa meritare non la sua incapacità, nè alcuna ragione d'indole puramente civile, bensì il suo naturale bisogno dell'assistenza dell'uomo.

Nel § 192 (Gaio, comm. I) vi ha un vero divieto di alienare; nel § 80 (Gaio, comm. II) no. Ad ogni divieto d'alienare corrisponde un divieto d'usucapire; e quindi,

nei limiti della tutela legitima, le *res mancipi* alienate *sine tutore auctore* non potevano usucapirsi (Gaio, II. 47): invece non vale lo stesso oltre i limiti predetti. Difatti, Paolo Fr. Vat. 1. dice: *Qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit vel falso tutore auctore, quem sciit non esse, non videtur bona fide emisse, itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt. Labeo quidem putabat nec pro emtore, eum possidere, sed pro possessore; Proculus et Celsus: pro emtore; quod est verius: nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit, et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Iulianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et, si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere.* In questo frammento si racchiudono quattro diverse opinioni:

1) L'opinione dei *veteres*, cioè dei giureconsulti della Repubblica, coi quali concordano Sabino e Cassio. Costoro quando non vi sia la *bona fides* nell'acquirente, gli negano ogni vantaggio, quindi non gli attribuiscono nè *usucapio*, nè *longi temporis praescriptio*, nè *Publiciana*.

2) Labeone non si discosta dai precedenti giureconsulti che nella terminologia. La *possessio pro possessore* si distingue da quella *pro praedone*, perchè nella prima non mancano insieme il giusto titolo e la buona fede, bensì un solo dei due requisiti. Ma, poichè nel caso nostro mancano, secondo Labeone, entrambi, la sua *possessio pro possessore* equivale perfettamente alla *possessio pro praedone*.

3) Secondo Proculo e Celso si ha nel caso proposto una *possessio pro emtore*, la quale sarebbe fornita non di ambo i requisiti, come essa di solito esige, bensì del solo titolo, bastevole unicamente alla *possessio pro possessore*. La ragione di questa singolarità riposa sul principio

giuridico, che soltanto l'alienazione delle *res mancipi* da parte della *mulier in tutela* richiede la *tutoris auctoritas*, donde segue che la donna possa alienare, senza la *tutoris auctoritas* la *possessio* delle *res mancipi*, che è una *res nec mancipi*. La scienza dello acquirente adunque costituiva mala fede rispetto alla *res ipsa*, buona fede rispetto alla *possessio rei;* laonde, quanto a questa, avevasi una vera *possessio pro emtore*, la quale produceva l'acquisto dei frutti con la *separatio*; quanto alla *res ipsa* invece, si aveva una semplice *possessio pro possessore*, che naturalmente non produceva l'usucapione.

4) Finalmente Giuliano, uno dei più recenti Sabiniani, allontanandosi dai suoi più antichi precettori, pone il principio che, ad onta della mala fede dell'*emtor*, competa a costui l'usucapione, e giustifica quest'irregolarità mediante l'analogia con la *constitutio Rutiliana*. Questa costituzione, della quale altrove non si fa giammai menzione, ripete la sua origine da P. Rut. Rufo, che fu pretore nel 646, poi console nel 649, e andó in esilio a Smirne nel 662: essa adunque data dalla metà del settimo secolo. Il suo contenuto non ha potuto essere che il seguente: *Qui a muliere sine tutoris auctoritate rem nec mancipi emit et accepit, pretio dato, ejus rei dominus est.* Se invece si tratta d'una *res mancipi*, secondo Giuliano non si diventa *dominus*, bensì si è posto nella *conditio usucapiendi*.

Da tutto ciò discende, che fin quando la tutela muliebre per una ragione civile fu considerata come un vero diritto agnatizio, il divieto d'alienare le *res mancipi sine tutore auctore*, imposto alla donna, fu realmente tale; laonde ad esso corrispondeva il divieto d'usucapire quelle cose, come ben ritennero i giureconsulti della Repubblica

e dei primi tempi dell'Impero. Per contrario, allorquando il tutore muliebre altro non fu che un consigliere, la sua assistenza non ebbe che un valore formale, e quindi il diritto materiale non poteva più riconoscere un vero divieto d'alienare le *res mancipi sine tutore auctore*, sicchè Giuliano ben a ragione potette ritenere, che in tal caso fosse ammessa l'*usucapio*.

§ 13. Riassunto.

Ora, riassumendo, a noi pare che gli effetti pratici della distinzione delle *res* in *mancipi* e *nec mancipi* possano ridursi a quattro, due dei quali sono di un'indole generale, e van riferiti perciò all'intero sistema del diritto romano pregiustinianeo, e due sono speciali a due istituti giuridici. I primi sono la distinzione delle *adquisitiones* in *civiles* e *naturales* ed il dominio bonitario: gli altri sono il diritto speciale ai fondi provinciali e il divieto d'alienare le *res mancipi* imposto alla donna.

Questi soli sono gli effetti, che direttamente sorgono dalla nostra partizione: a chi voglia attribuirgliene di più, desumendoli p. es. da Paul. S. R. lib. II tit. 17. § 3, e da Cai. *Epitome* lib. I. tit. 6. § 3, o dalla L. 86. Theod. C. *de donationibus* (VIII. 12) o dalla lex Rom. Burgundionum *de don.* Tit. 22. e luoghi analoghi, risponderemo che tali luoghi contengono effetti proprii alla *mancipatio*, anzi che alle *res mancipi*, e noi cerchiamo con ogni cura di separare l'una dall'altra dottrina, ove ciò sia possibile, com'è appunto nella considerazione degli effetti immediati di ciascuna di esse. Laonde tali soltanto ci appaiono, per la nostra partizione, i quattro di cui abbiamo discusso. Dei quali il primo non si rintraccia

affatto nel diritto giustinianeo; poichè sì nel titolo I. lib. II delle Istituzioni, sì nel titolo I. lib. XLI. delle Pandette non sono considerati che i soli modi d' acquisto naturali: i civili erano già caduti per desuetudine; il secondo fu espressamente abolito colla L. un. Cod. *de nudo ex iure Quiritium tollendo* (VII. 25); il terzo cessò col cessare della differenza tra il terreno italico e il provinciale [56]; e il quarto finalmente si estinse coll' estinzione della *tutela feminarum*, della quale non è più orma all'epoca di Giustiniano.

Cessati in tal modo tutti gli effetti della partizione delle *res* in *mancipi* e *nec mancipi*, era ben naturale che, divenuta essa completamente inutile, fosse anche legislativamente tolta di mezzo. Ciò fece Giustiniano con la L. un. sub fin. C. *de usucapione trasform. et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi*, ove è detto: *Cum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.*

---

[56] Pr. Inst. *de usuc.* (II. 6). L. un. C. *de. usuc. trans.* (VII. 31). L. un. § 15. C. *de rei uxoriae actione* (V. 13).

CAPITOLO III.

Opinioni degli scrittori antichi e moderni da Azone fino ad oggi sul fondamento della distinzione delle res mancipi e nec mancipi.

§ 14. Prospetto.

Dall' epoca dei glossatori fino ai nostri giorni molto si è ricercato e disputato intorno al fondamento della distinzione delle *res* in *mancipi* e *nec mancipi*, senza che alcuna delle opinioni finora proposte avesse avuta la fortuna di essere universalmente accettata. Forse sarà dipeso dalla smania della ricerca eccessiva rispetto alla scarsezza dei Fonti. Di queste opinioni talune si sono formate a poco a poco mercè l' opera continua ed uniforme di diversi interpreti; altre invece bastarono a soddisfare soltanto il loro autore e cessarono con lui.

§ 15. Opinione di Azone, Calcagnino, Caronda, Salmasio, Goesio, Gravina, Schulting, Trekell, Rossmann, Hugo, Ballhorn—Rosen, Dernburg, Eisendecher.

Azone nella Summa aurea ad L. un. *C. de usucapione transformanda* così si esprime: *res Italiae dicebantur mancipi quoniam quasi manumitti et usucapi poterant rerum dominis*. Queste

parole non rendono chiara l'idea, che si ebbe, nel manifestarle, il loro autore, laonde da esse si rileva che i glossatori non ebbero la nozione precisa delle *res mancipi* e *nec mancipi*, come ci attesta lo stesso Iacopo Ravennate in varii suoi scritti. Tuttavia si può affermare, che secondo i Glossatori la differenza tra l'una e l'altra categoria di cose dipendesse dalla diversità del dominio, che sarebbe stato più ristretto nelle *res mancipi*, più ampio nelle altre. Su questo loro concetto riposa l'intera dottrina di Celio Calcagnino. Difatti, dice costui, sono *mancipi* soltanto le cose *quae abalienari, id est lege duodecim tabularum e nostro ad alterius dominium transferri atque traduci poterant..... Unde manceps sive mancipium, quod manu capiatur..... Si autem omnia quae nexu tradi poterant.... erant apta ad usucapionem, necesse est ut quaecumque poterant usucapi, possent etiam usu tradi: et ideo cognitis his quae usu capi solent, qualia sunt servi, domus, equus, fundus et quaecumque tangi et apprehendi possunt: cognoscuntur illa quae mancipi dicebantur. Quae vero non sunt ad usucapionem accomodata, nec similiter ad nexu traditionem erunt et talia appellabantur nec mancipi: qualia sunt omnia incorporalia: quae scilicet tangi non possunt in mero iure consistunt..... quia propterea non usu capiuntur quia nec possessionem nec traditionem recipiunt.* Una fondamentale obbiezione fa crollare affatto l'edifizio artifiziosamenie costrutto dall'autore. La storia del diritto romano ci apprende che le *res quae usu capiuntur* si modellarono sulle *res quae nexu traduntur*, e non già viceversa; poichè la necessità dell' *usucapio* sorse appunto, allorquando si fossero trasmesse senza la forma solenne della mancipazione le cose, che senza di essa non potevano *lege abalienari* [57].

[57] Secondo il Gravina, la *mancipatio* e l'*usucapio* nacquero con-

Il Caronda, poggiandosi sulla medesima base su cui stabilirono la loro opinione i Glossatori e Calcagnino, val dire sul rapporto differente tra le *res mancipi* e *nec mancipi* quanto al dominio sulle medesime, giunse alla conseguenza che formano la prima specie le *res, quae in communi nostro usu versantur, et quas manu quodammodo capimus et tractamus.* Che tale sentenza sia assurda, basta avvertire sommariamente, che tutte le cose mobili, eccettuate pochissime, sono *mancipi,* e non di meno di esse in modo precipuo si può dire «*in usu versantur et manu tractantur*», mentre, per converso, queste espressioni non si riferiscono certo senza stento alle *servitutes praediorum rusticorum*, che sono *res mancipi.* Tuttavia l'opinione di Caronda trovò fedeli seguaci due dottissimi uomini: Claudio Salmasio e Gian Vincenzo Gravina, il quale, a quanto traspare dalle sue parole, ritiene *mancipi* tutte le cose mobili [58], il che dipese senza dubbio dalla falsa

temporaneamente, poichè *jure civili dominium sola capione nanciscimur: capimus autem rem, vel manu, sive ab alio traditam; vel usu, nempe possessam ab initio bona fide.* Ciò è doppiamente erroneo: 1.° per la ragione da noi addotta, che la necessità dell' *usucapio* non si potette sentire prima che fosse nata la *mancipatio*; 2.° perchè l' usucapione del posesso di buona fede segna storicamente già un' estensione della primitiva usucapione, sorta appunto per tramutare il dominio bonitario in quiritario.

[58] Gravina, op. cit. l. c.: *Res italicae sub usucapionem ceciderunt, eaeque res mancipi dicebantur, quia proprietatem privatam etiam nanciscebantur illarum: rerum vero provincialium, quia tributa pendebant populo romano, solus populus proprietatem adquirebat, privati tantum possessionem: unde nec mancipi nuncupabantur, et tantum rerum mancipi, sive italicarum erat usucapio, non verum rerum nec mancipi, sive provincialium. Sed Justinianus hanc differentiam sustulit..... Mobiles res etiam ante Justinianum usucapioni patuisse docet Cujacius.* Adunque, se le cose soggette all'usucapione si possono mancipare, e se tutte quelle che si possono mancipare sono *man-*

interpretazione di quel notissimo luogo d'Isidoro: *mancipium est, quidquid manu capi subdique potest* [59].

Sullo stesso rapporto tra le *res* e il *dominium* su di esse, si fonda anche l'opinione di Guglielmo Goesio, il quale sostiene che l'alienazione delle *res mancipi* è più ristretta e rivestita di solennità, per impedirne l'acquisto ai peregrini. Ciò, come appare a prima giunta, costituisce una ragione giustificatrice della *mancipatio*, e non mai delle *res mancipi*. Il Trekell, che prima aveva sostenuto una ben diversa teorica, in una recensione che egli fa dell' opinione di Rossmann [60], accetta in parte quella del Goesio. Difatti, anch'egli opina che al dominio delle *res mancipi* eran necessarie molte restrizioni, per tenere lontani i peregrini da queste cose, che costituiscono la parte più nobile delle ricchezze dei Quiriti, e sono precisamente le cose indigene di Roma e del Lazio. In contrario v'ha da osservare innanzi tutto, che, se è vero, come il Trekell stesso dimostra in altro luogo, che la solennità della mancipazione rimonta ai tempi di Servio Tullio, ciò è in perfetta antitesi con quanto praticavasi dai Romani di quell' epoca, i quali avevano grande interesse d' incitare i peregrini al commercio con Roma, ancora inferiore a molte città e stati ad essa finitimi. In secondo luogo, se la solennità della mancipazione fosse

---

cipi, tutte le cose mobili, secondo il Gravina, sono *mancipi*. E così inconsapevolmente egli non fa altro che richiamare in onore l'antiquata opinione di Calcagnino.

[59] Lib. IX. orig. cap. 4. Dalle parole d'Isidoro lo Schulting desume che il *mancipium* costituisca la proprietà vera, *iure civili probata*.

[60] Hugo 's Civil. Magaz. cit. vol. II. 57. 66.

stata introdotta solo per allontanare i peregrini dall'acquisto di alcune cose, essa non sarebbe stata, al certo, necessaria per la costituzione delle servitù rustiche; poichè i peregrini non potevano avere i fondi, su cui fosse stato loro concesso di esercitare tali servitù. E finalmente nemmeno può dirsi, che la mancipazione s' adoperasse nella trasmissione del dominio sui servi e su d' alcuni quadrupedi, affinchè tali cose non passassero in potere dei peregrini: basterebbe per prova contraria l' *alienatio servorum ultra Tiberim*.

Fra gli autori moderni s'accostano di più a Goesio e Trekell, I. Dernburg ed Eisendecher. Il Dernburg sostiene che i Romani sieno con le *res nec mancipi* entrati in commercio con gli altri popoli, prima che con le *res mancipi*; quindi in queste v'ha un'accettazione più riflessiva dello straniero, salvando il nazionale. L'Eisendecher poi modifica l' opinione esposta, fondandosi sull' antitesi fra patrizii e plebei. « La plebe romana, egli dice, quantunque incapace del diritto civile, ha avuto tuttavia il *ius gentium*, e così anche qualcosa d'analogo alla proprietà, ma non la proprietà secondo il diritto civile. Ogni proprietà romana è stata al principio il frutto della guerra e del bottino; ogni preda apparteneva allo stato, cioè al *populus*, ch'era il complesso dei patrizi. Ma allora non fu possibile, nè necessario, nè opportuno il sottrarla ai soldati, che componevansi principalmente di plebei. Il diritto civile però erasi riservato alcune cose, che non dovevano cadere in *dominium ex iure gentium*, il che consisteva allora appunto in fondi, schiavi, cavalli, asini, muli e grossi animali cornuti. Il nome generale di *res mancipi* è sorto solo più tardi. Scopo di siffatta riserva è stato quello d'assicurare al ceto dei patrizii le cose, che for-

mavano la ricchezza dei prischi Romani. Perchè in queste cose soltanto avesse avuto luogo la *mancipatio* non è detto da Eisendecher. La sua esposizione del resto non è certamente che un'ipotesi non appoggiata dai Fonti, la quale anzi sta in contradizione con essi e con la storia. Anche i plebei possedevano già in antichissimo tempo delle *res mancipi*.

Ritorniamo ora all'opinione di Rossmann, che il Trekell ha confutato. Essa è contenuta in queste parole: « *Cum omnis res mancipi a mancipatione in ea peragenda dicatur, mancipatio vero eum finem habeat ut per modum solemnem in acquirendo, dominium eo facilius possit probari; et probatio solemnis haberi non possit, nisi res probanda etiam variis, seu caracteribus, praedita sit, quae eam a rebus ejusdem generis diversam faciant: igitur res, quae caractere notabiliori ab aliis rebus ejusdem generis differunt, sunt res mancipi virtualiter, et mancipatae realiter tales. E contra res cum aliis similes sunt res nec mancipis*[61] ». Adunque sono pel Rossmann *res mancipi* le cose, che con caratteri più certi si distinguono, e quindi la prova del loro dominio riesce più facile. Ed appunto contro queste asserzioni già avvertì il Trekell, come sienvi molte *res nec mancipi*, le quali distinguonsi per varii segni caratteristici non meno delle *res mancipi*. L'opinione di Rossmann trovò non di meno un valorosissimo difensore in Hugo [62], il quale sostiene che la *vindicatio* delle *res mancipi* dovea essere più difficile della *vindicatio* delle altre cose, e quindi fossero *mancipi* soltanto quelle cose, in cui interessava allo

[61] Rossmann, *de rebus manc. etc.* cit. § 28.
[62] V. op. cit. tom. II. pag. 73.

Stato di rendere più difficile la revindica, cioè le cose molto preziose e facili ad essere riconosciute. Naturalmente la stessa obbiezione, mossa dal Trekell al Rossmann, può benissimo, modificata, muoversi contro l'Hugo. Difatti, qualora si ammettano i criterii di costui, non si spiega perchè una pecora sia meno facilmente distinguibile e relativamente meno preziosa d' un asino o d' un mulo.

Con Hugo s' accorda quasi completamente Ballhorn-Rosen.

Tutte le opinioni esposte in questo paragrafo hanno una comune base, val dire ch' esse ripongono la distinzione tra le *res mancipi* e le *nec mancipi* nella diversità del dominio sulle une e sulle altre, diversità che si manifesta nella trasmissione e nella revindica del dominio delle *res mancipi*.

Noi abbiamo visto, che nessuna di esse regge alle molte obbiezioni, che vi si possono dirigere contro; aggiungiamo ora che fra i moderni nessuno scrittore ha tentato di richiamarne a vita qualcuna, dopo il Ballhorn-Rosen, che scrisse nel 1822.

§ 16. Opinione di Cuiacio, ten Brink e Verloren.

Il Cuiacio ritiene, come altrove abbiamo notato [63], per *res mancipi* le cose più preziose, il che crediamo d'aver dimostrato quanto sia assolutamente insostenibile. L'opinione del Cuiacio è stata da due scrittori moderni, ten

[63] V. sopra p. 2, nota 1.

Brink e Veloren, riprodotta con poche modificazioni, che tuttavia non sono tali da escludere menomamente gli appunti che possono farsi alla sentenza cuiaciana.

§ 17. Opinione di Bynkershoek, Colombo, Conradi, Meermann, Glueck, Schweppe, Savigny, Schmidtlein, Tigerstroem, Schilling, Rein, Walter.

Bynkershoek crede che sieno state *res mancipi* gli elementi più nobili della ricchezza romana, specialmente quelli che si riferiscono alla proprietà rurale. Ma allora perchè non van comprese fra le *res mancipi* le pecore e e le capre?

Lo stesso è a dirsi contro il Colombo, il quale scorse nelle *res mancipi*, oltre il carattere riconosciuto dal Bynkershoek, la qualità negli immobili, che la loro proprietà si mantenga inalterata, e nei mobili quella di potersi *manu capere*, cioè afferrare con la mano; poichè, quanto ai mobili, questa qualità è posseduta da molte *res nec mancipi*. Il Conradi, oltre all'attitudine all'agricoltura, desidera nelle *res mancipi* l'attitudine alla guerra; però i Romani, se ebbero in gran pregio le armi, pur le annoverarono sempre fra le *res nec mancipi*, e considerarono come precipua loro ricchezza i campi e gli armenti.

Per isfuggire a queste obbiezioni, il Meermann ridusse in più angusti confini l'opinione del Bynkershoek, e restrinse le *res mancipi* a quelle, *quae agriculturae proprie inserviebant*. Egli però se evita uno scoglio, inciampa in un altro; poichè v'ha molte cose, come per es. gli aratri, i carri ecc., che sono indispensabili all'agricoltura, eppure non sono *res mancipi*. L'opinione del Meermann, caduta in obblio per lungo spazio di anni, è stata ri-

messa in onore dai giuristi moderni, Schweppe, Savigny, Schmidtlein, Tigerström, Walter e Rein.

Il Glück e lo Schilling richiedono nelle *res mancipi* cumulativamente parecchi requisiti, finora menzionati. Il primo vuole ch'esse sieno le più preziose, le più facilmente e lungamente riconoscibili, e che nello stesso tempo abbiano una diretta relazione coll' agricoltura; il secondo poi crede ch'esse sieno le cose di maggior valore e relativi all' agricoltura. Queste due opinioni sottostanno alla sorte di tutte le sentenze eccletiche, di guisa che non solo contro di loro concentrano singole obbiezioni dirette contro le già esaminate opinioni, ma sono anche esposte ad un nuovo appunto, val dire la non coincidenza di tali requisiti in alcune *res mancipi*, e per converso la perfetta coincidenza di esse in più *res nec mancipi*.

§ 18. Opinione di Hommel, Gibbon, Manhayn, Danz, Puchta, Boecking, Ihering.

Una delle più fortunate opinioni sul fondamento delle *res mancipi* fu quella proposta con trepidazione da Hommel e Gibbon in sullo scorcio del passato secolo. Il primo ritiene per *res mancipi* le cose tolte in guerra ai nemici, alle quali, per speciale favore alla *res militaris*, il popolo romano accordò un diritto privilegiato..... *Nullus potior*, egli continua, *nullus antiquior acquirendi modus isto fuit, quo res bello ac manu acquiruntur. Res mancipi igitur, quae naturali vocis significatione res bello captas denotant, potissimam partem iuris Quiritium sibi vindicabant. Occupatio enim bellica firmissimum ius et summum dominium attribuebat.*

Gibbon s'associa interamente a questi concetti aggiungendovi, ch'era necessario rivestire di solennità l'*alienatio* di tali cose *manu ab hostibus captae*, per assicurare il compratore, ch'esse per l'innanzi non fossero appartenute ad alcun cittadino, bensì al nemico.

Questa soluzione del difficile problema, proposta dai due insigni scrittori, se da un lato corrisponde perfettamente all'etimologia della parola *mancipi*, dall'altro non spiega punto, come tali fossero gli edificii e le servitù rustiche, che certo non sono *res ab hostibus captae*. Laonde avvenne che Gibbon si mostrò egli stesso pel primo diffidente della sua interpretazione, e Hommel pare che dopo l'abbia addirittura abbandonata. Pur non di meno, essa apparve a molti autori moderni la chiave per risolvere l' ardua questione, e divenne perciò il punto di partenza delle loro ricerche. Da essa infatti prese le mosse il Manhayn, la cui opinione potrà combattersi, ma resterà sempre una delle più verosimili spiegazioni del fondamento della distinzione tra le *res mancipi* e le *nec mancipi*.

« L'origine, egli dice, delle *res mancipi* è tanto antica quanto l' origine di Roma: secondo il diritto pubblico etrusco la terra conquistata rimaneva proprietà dello Stato, e ripartivasi, pel semplice godimento, alla parte sovrana del popolo. Ciò ne induce a credere che questo principio siasi anche applicato alle parti più nobili del bottino (prigionieri e bestiame grosso). Essendosi poscia accettati nella cittadinanza i plebei, i quali non partecipavano alla sovranità, ma le cui pretensioni pur dovevansi appagare per causa della loro partecipazione alla guerra, quel principio è stato mutato in quanto che una parte dei fondi pubblici si vendette in piena proprietà, e lo stesso si praticò in seguito per gli schiavi ed il

bestiame grosso. Il compratore del bottino chiamavasi *manceps*, onde il nome di *res mancipi*, cioè cose il cui primo acquisto non apparisce, perchè esse spettarono interamente a colui, che pel primo le prese in guerra. Questa differenza del primo acquisto (immediato o pur no) e del titolo del possesso (proprietà o uso) ha seco tratto una diversa regola per l'alienazione. Un fondo concesso semplicemente in godimento ha dovuto alienarsi altrimenti, che una proprietà acquistata immediatamente, e l'alienazione delle *res mancipi* non poteva meglio distinguersi da quella delle *res nec mancipi*, che con la pubblicità, carattere precipuo del primo acquisto. Perciò e per evitare una *lex* s'è inventata la *mancipatio*, ch'è poi diventata un requisito legale pel trasferimento delle *res mancipi*... » Quanto alle *servitutes rusticae* egli nota che « se il pieno trasferimento d'un intero fondo richiedeva la mancipazione, lo stesso apparve necessario per una parte di esso, e tale consideravasi una servitù in quell'epoca, in cui l'astrazione dei concetti giuridici non si era ancora sviluppata. La limitazione di questo requisito alle *servitutes rusticae* ha il suo fondamento nell'età loro, molto più remota di quella delle *urbanae* ».

Con quest'ultime osservazioni il Manhayn si sottrae ad una parte delle obbiezioni mosse contro Hommel e Gibbon, come colle prime spiega l'intimo rapporto tra le *res mancipi* e la *mancipatio*; laonde era ben naturale ch'egli avesse maggiori sostenitori e proseliti degli altri due summentovati scrittori. Così Danz accoglie la spiegazione di Manhayn come la più sodisfacente, sebbene la modifichi in questo modo:

« La mancipazione è la simbolica radunanza del popolo, laonde l'alienazione degli obbietti, che più tardi

desideravano la mancipazione, intraprendevasi sul principio nell'assemblea popolare. L'unica alienazione, che dapprima eseguivasi dal popolo come proprietario, era la partizione della preda; negli assegni dei *praedia* era riposto il pensiero fondamentale, ch'essi non si potessero avere in proprietà senza il volere dello stato. Ora, questo volere ha potuto nelle seguenti alienazioni apparire soltanto mercè la rappresentanza dell'autorità del popolo, il che è avvenuto simbolicamente per mezzo della mancipazione, ovvero innanzi alla rappresentanza posta dal popolo stesso, cioè al magistrato con *imperium* mercè, la *in jure cessio*. — Nei *praedia rustica* han dovuto necessariamente comprendersi le loro servitù, perchè fosse possibile il godimento dei medesimi. Delle cose mobili appartenenti al bottino, il prigioniero e i cavalli sono, per precise testimonianze dei Fonti, divenuti del pari proprietà del popolo, e quindi vale per loro lo stesso che pei fondi; quanto ai muli, asini e bovi si deve accettare per analogia, ch'essi fossero spettati al popolo come preda, e da questo ulteriormente fossero stati alienati ».

Le osservazioni di Danz sono completate ed accettate da Puchta, il quale cerca di rendere più evidente la connessione delle *res mancipi* con la *mancipatio*. « Sono *res mancipi*, egli dice, quelle che potevano essere mancipate. — Laddove il *manu capere* non poteva aver luogo (nei fondi, nelle servitù rustiche e nella *familia*) la *mancipatio* non fu applicata fin da principio, bensì soltanto estesa più tardi. Rimangono adunque gli uomini e gli animali più grossi, che sono appunto i principali oggetti del bottino. Essi, come pervengono in potestà del popolo romano mercè la *naturalis adprehensio*, così passano nel

potere del singolo cittadino mercè un'*adprehensio* giuridico-civile (*mancipium*), trasmettendosi in tal modo da una mano ad un'altra, essendo per queste cose permessa la trasmissione della proprietà senza la *in jure cessio*, con una solennità modellata sul modo originario d'acquistarla, ed eseguita innanzi a cinque testimoni rappresentanti le varie classi del popolo. La qualità di *res mancipi* significava in quel tempo non una limitazione, ma un'estensione del modo d'acquistare, ossia l'esenzione dalla necessità della *in jure cessio;* se non che si volle estendere questo vantaggio anche alle terre e ad alcuni diritti, che vi si connettevano, e che perciò vennero compresi nel novero delle *res mancipi* ».

Il Böcking e finalmente il Ihering fanno anch'essi consistere le *res mancipi* nelle cose del bottino, come gli oggetti della più antica proprietà romana: secondo loro le stesse parole *mancipi* e *mancipatio* non lasciano dubitare dell'origine della distinzione delle *res* in *mancipi* e *nec mancipi*.

Il Walter però giustamente obbietta, che tutti i prelodati scrittori non riescono a spiegare la ragione, per cui non fossero appartenute alle *res mancipi* nè le pecore, nè le armi, nè le cose preziose. « E se Böcking, egli dice, oppone, che le armi appartenevano all'uomo e diventava *mancipium* l'*hostis* insieme con le armi (diventava forse *mancipium* anche il nemico ucciso?) difficilmente gli crederanno molti lettori ».

Inoltre noi ci domandiamo, perchè, se il popolo cooperava alla prima alienazione del bottino, il suo assenso doveva apparire anche in tutte le susseguenti alienazioni? Se il primo acquisto dava al compratore addirittura la piena proprietà, dovea derivarne per prossima conseguen-

za, che costui ne avesse la più libera disposizione, che cioè potesse anche trasferire ad altri questa sua proprietà senza impacci di forme. Non si può punto giustificare l'illazione, che, essendo stato il popolo, pel primo, proprietario del bottino, il secondo, il terzo, il quarto, e così via non possono acquistare che col suo assenso. Ciò anzi contradirebbe alla possibilità d'un acquisto mediante usucapione. Secondo noi adunque non si può nè giustificare, nè provare la tanta influenza del primitivo modo d'acquisto della proprietà sui modi d'acquisto posteriori.

Finalmente, in particolare, contro il Puchta, v'ha da osservare ch'egli non spiega la connessione colla *mancipatio* delle più importanti tra le *res mancipi*, e certo è una asserzione senza prova e senza intima ragione la sua: « che siensi voluti accordare ai fondi, alle servitù ed alla *familia*, gli stessi privilegi, che avevano avuto, gli schiavi, i cavalli, i muli, gli asini e i buoi ».

§ 19. Opinione di Pufendorf, Niebuhr, Hoepfner, Schneider, Rolin, V. Vangerow, Serafini.

Il Pufendorf ritiene per *res mancipi* tutte quelle, che fossero state registrate nelle liste pubbliche del censo e vendute con solennità, importando allo Stato, che la proprietà dei cittadini romani non fosse incerta. Serve di prova quel luogo di Cicerone *pro Flacco* 32, in cui l'oratore disse di Deciano, che avea denunziati nel censo i suoi fondi siti in Licia: *Illud quaero sintne ista praedia censui censendo, habeant jus civile: sint nec ne sint mancipi: subsignari apud aerarium, apud censores possint?*

Seguono precisamente l'opinione del Pufendorf, Schneider e Rolin: la confortano di argomenti apparentemente solidi Hoepfner e v. Vangerow.

Hoepfner riferendosi al citato luogo di Cicerone osserva, che le *res mancipi* sieno state registrate singolarmente e nominativamente, mentre, al contrario, il resto del patrimonio dei Romani calcolavasi a staglio.

Von Vangerow [64] poi s'esprime in questo modo: « Le *res mancipi* sono state appunto quelle, in cui l'antichissima Roma riponeva giustamente e propriamente la sua ricchezza, e che erano anche le sole considerate nel censo. Appunto perciò lo stato ha dovuto interessarsi della loro alienazione; laonde il proprietario di esse cessava di esser tale solo, allorquando avesse avuto luogo una trascrizione nel registro delle imposte. Questa adunque era indispensabile nell' alienazione delle *res mancipi* ». Il Von Vangerow inoltre cerca di consolidare vie più la sua opinione con le parole di Festo: *censui censendo agri proprie appellabantur, qui et emi et venire iure civili possunt.*

Queste asserzioni di von Vangerow sono state accettate dal chiarissimo professore Serafini, il quale trova la ragione, per cui nel censo figuravano soltanto quelle date cose, nella loro qualità di costituire esse appunto gli elementi della ricchezza del popolo romano, che consisteva specialmente nell'agricoltura. Così egli coordina l'opinione del Pufendorf e del von Vangerow a quella del Bynkershoek, del Meermann e dei loro seguaci. Circa alla connessione delle *res mancipi* con la *mancipatio* egli osserva che: « siccome le *res mancipi* erano registrate nelle liste censuarie, il proprietario delle medesime era colui che tale appariva nelle liste, e quindi richiedevasi la trascrizione

[64] V. op. cit. p. 79.

nel censo ogniqualvolta trattavasi di trasferire ad altri la proprietà delle medesime. Ma codesta trascrizione censuaria non acquistava la sua vera efficacia, se non con la lustrazione la quale seguiva di cinque in cinque anni. Una cosa alienata in questo frattempo non diveniva proprietà effettiva dell'acquirente, se non dopo seguita la lustrazione. Per ovviare a quest'inconveniente s'introdusse come surrogato dell'alienazione per censo la mancipazione, la quale era una vendita simbolica fatta sotto la testimonianza del popolo rappresentato da cinque cittadini maschi e puberi ».

Vediamo ora quali obbiezioni si possono, in generale, muovere contro l'opinione di Pufendorf e dei suoi sostenitori. In primo luogo non tutte le cose, di cui consta con certezza che avessero appartenuto alle *res mancipi*, si può provare che fossero state nominativamente menzionate nel censo. Così p. es. è indiscutibile che i servi minori di venti anni, che fossero stati venduti meno di diecimila assi erano riferiti nel censo [65], e i quadrupedi di maggior grandezza non vi figuravano, che come parte degl'*instrumenta fundi* [66]. Per converso anche molte cose, che non erano *mancipi*, erano indicate nominativamente nel censo, come si rileva dal citato luogo di Livio, che giova integralmente riferire: *In censibus quoque accipiendis tristis et aspera in omnes ordines censura fuit. Ornamenta et vestem muliebrem et vehicula, quae pluris quam quindecim millium aeris essent, in censum referre viatores jussit. Item mancipia minora annis viginti, quae post proximum lustrum decem millibus aeris aut eo pluris venissent.* Inoltre, se l'antico censo di Roma fosse stato dav-

[65] Liv. lib. XXXIX. cap. 44.
[66] Arg. dalle parole di Gellio lib. VII. cap. 2.

vero la ragione della distinzione delle *res* in *mancipi* e *nec mancipi*, questa naturalmente sarebbe dovuta cadere al cessare di quello. Che se il Pufendorf, per sottrarsi a tale appunto da lui previsto, fa intravedere che le ragioni della distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi* possano avere per base anche il censo nuovo di Roma, egli non è però giunto a dimostrarci nè perchè nei tempi avanzati di Roma non furono compresi nelle *res mancipi* i fondi provinciali, che pur vennero allora specificamente segnati nel censo, nè perchè Giustiniano insieme con la distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi* non abbia anche abolito l'istituto del censo.

Contro il von Vangerow, in particolare, si può rispondere che i luoghi da lui citati provano moltissimo, che tutte le cose mobili dovevano essere registrate nel censo e quindi, in tal senso, erano *censui censendo*, ma provano anche che ciò non abbia nulla a fare con le *res mancipi*. Nell' or. di Cic. *pro Flacco* 32, le domande *sintne ista praedia censui censendo? habeant jus civile? sint nec ne sint mancipi? subsignari apud aerarium, apud censorem possint?* sono piuttosto l'espressione di uno sfogo oratorio, donde male si deduce la convinzione scientifica che le *res, quae jus civile habent*, sieno necessariamente *res mancipi*.

Finalmente, come bene osserva il Manhayn [67], con la pubblica autenticità delle *tabulae censuales* non vi sarebbe stato bisogno della mancipazione. Il Serafini ovviò a questa obbiezione opinando ingegnosamente che la *mancipatio* si fosse sostituita per le ragioni da lui esposte, alla trascrizione censuaria. Noi però, con dovuta rive-

[67] Op. cit. pag. 54.

renza all' insigne professore dell'Università Pisana, ci permettiamo di ritenere contraria alla solita maniera di pensare dei romani giureconsulti la sostituzione di un modo di trasferire il dominio simbolico, materiale e primitivo, qual' è la *mancipatio*, ad un modo spiccio e scevro di formalità, quale la *transcriptio censu*. Sarebbe stato più verosimile un procedere completamente inverso.

Molta affinità con l' opinione di Pufendorf e suoi difensori ha l' opinione di Niebuhr, la quale, per altro, ne differisce in alcuni punti essenziali. Secondo lui sono *res mancipi* tutti gli obbietti della proprietà quiritaria soggetti alle imposte, quindi il danaro contante, le case e i fondi rustici, i diritti che ad essi ineriscono e le loro pertinenze, schiavi, animali da tiro e da soma e cavalli, cose tutte comprese nel censo. Tuttavia egli ritiene: « Che questa indicazione potrebbe anche essere molto scarsa come elenco di quella classe di obbietti di proprietà per quest' antica epoca. Le greggi di bestiame minuto appartenevano all' agricoltura al pari degli animali da tiro e da soma, e il loro trasferimento sarà avvenuto con non minore formalità; quantunque non fosse valsa la pena di ricorrere alla bilancia e ai testimoni nella vendita di una singola capra o di una singola pecora. È per lo meno possibile, che, una volta, tutto ciò che non apparteneva al semplice possesso concesso dalla repubblica o dai patroni, fosse e si chiamasse *res mancipi* (*mancipii*): una nave poteva, al pari d'una casa, revindicarsi innanzi al magistrato e tutto ciò calcolavasi a capitale ».

Come si vede il Niebuhr, fa delle ipotesi che potranno essere assennatissime, ma pur non di meno non arrecano alcun nuovo contributo alla dottrina delle *res mancipi* in

generale, nè convalidano in alcuna maniera l'opinione di Pufendorf e suoi seguaci [68].

§ 20. Opinione di Massimiliano Zachariae Misenense.

Tutti gli scrittori, le cui opinioni finora abbiamo esaminate e discusse, han ritenuto che le *res mancipi* avessero ripetuta la loro origine da una di queste quattro ragioni: 1.° dalle specialità del dominio di esse; 2.° dall'agricoltura; 3.° dal bottino; 4.° dalla nominativa e speciale descrizione nelle tabelle censuarie. Tuttavia non mancarono degli scrittori, che avessero avute opinioni solitarie e discordanti, così tra di loro, come dalle quattro comuni e divulgate opinioni da noi esposte. Questi singolari pareri, di cui furono autori lo Zachariae Misenense, il Christiansen, il Göttling, l'Huschke e il Montanari saranno quindi trattati in appositi paragrafi.

Quanto allo Zachariae, egli sostiene che «la partizione delle cose in *res mancipi* e *nec mancipi* riposa sulla doppia forma di quei contratti, che avevano luogo nella consegna delle cose. I più antichi contratti sono stati quelli che consistevano in una reciproca consegna (p. es. la permuta), a cui s'aggiunse il pesare del rame, che tosto divenne la maniera comune dell'alienazione. Questo con-

[68] Il Niebuhr (op. cit. pag. 254) annovera fra le *res mancipi* anche il danaro contante. Egli però è stato combattuto e completamente vinto dal Göttling, il quale a ragione osserva: «Se Niebuhr fra le *res mancipi* annovera il danaro contante..., ciò è certamente contrario all'antico modo di vedere dei Romani, che facevano valere il danaro contante semplicemente come misura del valore delle *res mancipi*, ma non esso medesimo come *res mancipi*, perchè la moneta non poteva comprarsi con moneta, mentre ogni *res mancipi* si poteva acquistare col rame e colla bilancia».

tratto s'ebbe allora una doppia forma: una forma semplice, cioè il *nexus per aes et libram*, ed una forma solenne, cioè la *mancipatio per aes et libram* innanzi a testimoni. Quest' ultima forma si adoperò solo laddove speciali e generali ragioni avessero, per riguardi politici, richiesto la convocazione dei testimoni. Tali ragioni potevano essere obbiettive, cioè desunte dall'importanza delle cose, ovvero subbiettive, cioè desunte dalla grande utilità, che ne ridondava ai cittadini».

Senza discutere le particolari osservazioni dello Zachariae, fra le quali ve ne sono alcune degne di molta attenzione, a noi pare ch' esse tendano più a far risaltare le peculiari qualità delle *res mancipi*, che a stabilirne il fondamento. Difatti, il prelodato scrittore non spiega punto una cosa essenzialissima, val dire perchè quelle tali cose, pel cui trasferimento oltre all' *aes* ed alla *libra* richiedevasi la presenza dei testimoni, fossero state dette *mancipi*. E per noi sta che il fondamento della distinzione non può rintracciarsi che nella ragione della denominazione che quelle cose privilegiate si ebbero.

Lo Zachariae non trovò seguaci nella soluzione da lui data al difficile problema.

§ 21. Opinione di Christiansen.

Questo scrittore s'allontana, innanzi tutto, dalla comune credenza, che *mancipi* stia in luogo di *mancipii*. Invece, secondo lui *mancipi* è infinito del verbo *mancipere*= *mancipare*, e l'espressione *res mancipi* equivale a *res mancipandae*, *res mancipari solitae*, *debentes*, *consuetae*. Ritiene che in una età più antica queste non sieno state mai stabilmente limitate e che gli scrittori di quell'epoca ne abbiano designate or più or meno, secondo il loro pa-

rere e la loro esperienza, e solo in un tempo posteriore divenne regola il limitare il numero delle *res mancipi*. Secondo lui vi furono delle *res* capaci di *manus*, e delle *res* capaci soltanto di nesso: le prime erano quelle, che si avevano nell'assoluta potestà contro di tutti, le altre quelle che si avevano nell'assoluta soggezione contro di uno. Che questa differenza debba qui porsi a base si deduce dal perchè furono chiamate *res mancipi* le cose riconosciute come più importanti, e *nec mancipi* le *res quae numero, pondere, mensura consistunt*. Gli animali selvatici ed il gregge vagante son dovuti rimanere sul limite tra l'una e l'altra categoria. Finalmente, se si pensa alla condizione dell'antico commercio, non sembra moloto scarso l'elenco delle *res mancipi*, comprendendo esso appunto quello che cadeva sotto gli occhi, *quod mancipi solet* nella pratica giornaliera.

L'opinione del Christiansen ha, è innegabile, dei lampi di originalità, tuttavia poggia sopra asserzioni cotanto arbitrarie, che forse è appunto quella, che è più esposta alla critica e per parecchi versi. Mostruoso è infatti il pensare che *mancipi* sia il passivo del preteso verbo *mancipere*, che mai non s'incontra in nessuna voce presso nessun autore. Inoltre, la più antica e classica lingua latina non conosce l'espressione *res tradi, emi* ecc. per significare una cosa che suole trasferirsi o che può comprarsi. Vossio (*de arte gram.* III, 46) e Brissonio hanno già spiegato *mancipi* come un genitivo contratto, laonde anche Göttling (l. c. p. 123 not. 2) propone, secondo la regola di Negidio Figulo (Gell. XIII, 25), l'accentuazione della penultima breve. Nei Fragm. Vat. § 259 si trova espressamente: *res mancipii* [69].

[69] Cf. anche Puchta l. c. e Böcking Pand § 73, n. 3, il quale

Quanto poi alla seconda parte dell' opinione del Christiansen basta per combatterla, rilevare la manifesta contradizione in cui cade l' autore, il quale, mentre sostiene dapprima che fosse stato oscillante l'elenco delle *res mancipi*, pone in seguito a base della distinzione l'antitesi tra cose capaci della *manus* e cose capaci del *nexus*, che costituirebbe, qualora la si accettasse, un antichissimo criterio per determinare le cose dell' una e dell' altra categoria.

Nemmeno il Christiansen ebbe dei proseliti.

§ 22. Opinione di Goettling.

Questo scrittore opina, che sieno state in principio *res mancipi* tutti gli oggetti noti ai Romani, dell' antichissimo *commercium* veramente quirizio, i quali oggetti per mezzo dell' *aes grave*, dell'antichissima moneta romana, potevano con la mancipazione, ossia con una vendita solenne, ridursi ad un determinato valore nominale, finchè Servio Tullio non ebbe, pel suo censo, dato loro un nome preciso e particolare. Contro il Göttling basterà notare che in una epoca così remota in cui il commercio dei Romani restringevasi ad una tanto limitata quantità di oggetti, non si era ancora potuto giungere all' uso dell' *aes grave* come mezzo di scambio. In quell' epoca invece adoperavasi per la permuta appunto il bestiame (donde *pecunia*), il quale continuò a preferenza a riputarsi come mezzo acconcio agli scambi, anche dopo che indiscutibilmente usavasi

prorompe indignato nelle seguenti parole: Christiansen ha fatto la scoperta che *mancipi* sia infinito passivo di *mancipere*. Alle insensate notizie degli antichi non bada questo modesto S. Elio Cato.

il rame pesato colla bilancia. Una prova viene fornita dalla legge Aternia-Tarpea, che stabilisce le multe penali in bestiame.

§ 23. Opinione di Huschke.

È la più ingegnosa, la più originale, ma pur troppo la più inverosimile delle soluzioni finora proposte. Nello studiarla è ben facile accorgersi a prima giunta, che essa, per quanto appaia naturale e vera, pur non esiste che nella sola mente dello scrittore, il quale l'ha ideata: è un puro artifizio, ma così bello e seducente, che quasi quasi sembra una profanazione il distruggerlo. Essa però si concatena all'intero sistema svolto dallo Huschke nella sua preziosa opera: « La Costituzione del re Servio Tullio », dalla quale ci si condoni se siamo costretti di riferire tanta parte, quant'è necessario per far comprendere il pensiero dell'autore intorno alla nostra questione, pensiero che dev'essere assolutamente sottoposto alla considerazione di chi prende interesse alla storia delle tante disparate opinioni sul fondamento delle *res mancipi*.

Ecco ora le parole dell'Huschke:

« La costituzione di Servio non fu arbitraria, bensì modellata secondo natura: lo stato non fu per lui qualche cosa d'astratto, ma di concreto ed avente radice in Dio e nella terra. Quindi nasce l'intima armonia ed unità, che congiunge allo stato gli dei, gli uomini e gli animali..., laonde le leggi organiche che troviamo nell'uomo, debbono per analogia estendersi agli dei e agli animali; poichè nell'uomo, in questo Dio della terra, e perciò centro della creazione, tutte le antitesi si riducono

ad unità. Gli animali e gli dei non sono che l'uomo istesso, ma nel suo macrocosmo. Vediamo quanto la natura e la storia convalidino questo nostro presupposto. Il rapporto tra gli animali e gli uomini può considerarsi dall'aspetto sacerdotale e dal politico-giuridico; il primo è stato considerato dal popolo ebreo, il secondo dal popolo romano, che distinse primamente gli animali in *mansueta* e *fera*, i quali ultimi, al par dei peregrini, non si riferiscono alla costituzione dello stato. La natura umana giuridicamente considerata ha, in generale, due direzioni. L'uomo è, per la parte che concerne lo spirito, di natura universale, donde sorge la necessità dello stato; per la parte poi che concerne il suo corpo e che ha comune cogli animali, egli è di essenza singolare. Ambo queste direzioni designano i Romani nel diritto, quanto alla sua origine (*jus civile* e *jus naturale*) e quanto al suo obbietto (*jus publicum* e *jus privatum*). Ad ambo le direzioni corrispondono altresì certi animali, che possiamo quindi distinguere in civili e naturali. Se lo spirito o la natura essenzialmente universale dell'uomo riduce ad unità cinque classi, altrettante ve ne debbono essere nel mondo degli animali, ch'è il riflesso del mondo umano... Gli animali corrispondenti poi alle classi del popolo sono *res mancipi*, cioè tali che possono acquistarsi nello stato mediante un trasferimento civile. In particolare, ordinati secondo la loro naturale dignità, essi sono i seguenti: I. *Bos*, II. *Bovigus* (Boa), III. *Equus*, IV. *Mulus*, V. *Asinus*. — Ma perchè sono questi appunto gli animali civili? Ciò ne spinge a considerazioni politico-fisiologiche, che tocchiamo di volo... V'ha due cose, in cui si riflette la natura universale dell'uomo: l'uomo stesso o come schiavo o come persona *mancipi*, ed il suolo su cui l'uo-

mo vive ed abita (per Roma nella sua completa formazione il *solum italicum*). L' uomo si muove e coltiva la terra, e si serve a ciò degli animali delle classi summentovate. Queste classi d' animali comprendono in parte *armenta* (animali, di cui ha bisogno l' uomo per scavare la terra), in parte *jumenta*, cioè animali che aiutano (*jumenta* da *juvare*) l' uomo nel movimento. La prima classe di animali è formata dagli *armenta*, cioè dal toro e sua razza. I *jumenta* sono parecchi, poichè il movimento può essere personale (coi cavalli), o consistere nel trasporto delle cose solito a farsi dagli asini, o servire al doppio scopo, cui prestansi benissimo i *jumenta* intermedii, cioè i muli. Mancava, per altro, un quinto animale, che avesse aiutato l' uomo nel guidare e stimolare i bovi. Ciò curava una volta il *bovigus* (*a bove agendo*), il primo tra i *jumenta*, perciò il secondo nella serie delle cinque classi dei quadrupedi: l' animale più prudente, l' essere della creazione più vicino all' uomo, che stimolava i bovi col grugno e coi denti, e guidava l' aratro con la coda. Questo bovigo è stato da lungo tempo destituito dalla sua dignità, e tramutato in un comune boa... Gli animali appartenenti alle cinque summentovate classi costituivano gli animali *assidui*, corrispondenti alle cinque classi dei cittadini *assidui*: gli altri animali erano *proletarii*. Ma, oltre le cinque classi degli *assidui*, l' ordinamento degli uomini per classi, contiene ancora le quattro singole centurie dei *fabri* e dei *cornicines*, le quali trovavano, nel mondo delle cose la loro corrispondenza nelle quattro *servitutes praediorum rusticorum*, che sono anche *res mancipi*... Ma perchè queste servitù sono *res mancipi*, richieste quindi dalla natura civile dell' uomo? Perchè presuppongono necessariamente il movimento degli esseri cor-

porali, che sono propriamente *mancipi*... Queste quattro servitù corrispondono precisamente alle quattro centurie predette, poichè esse non sono esseri corporali ed indipendenti, bensì consistono soltanto in funzioni e quelle centurie sono appunto fuori classe, e la loro sostanza consiste appunto nel compimento di alcune funzioni, di cui le classi abbisognano per l'esistenza della loro civile libertà... ».

Il primo ad accorgersi dell'inverosimiglianza di queste indagini fu l'autore stesso, il quale appalesa questa sua impressione precisamente allorchè cerca di cancellare ogni dubbiezza dall' animo del lettore : « Il lettore, egli dice, potrebbe sospettare che io avessi ideata tutta questa connessione, per trovare in corrispondenza delle cinque classi dei cittadini anche le cinque classi di animali, che fossero *res mancipi*. Questo non è proprio il caso. La necessità del *bovigus* è stata da me ritenuta parecchi anni prima che avessi pensato ad una connessione delle *res mancipi* con la romana divisione delle classi ».

Francamente, la memoria d' un uomo dell' ingegno e della dottrina dell' Huschke non potrebbe peggio oltraggiarsi, che stimando, ch'egli abbia creduto sul serio all' esistenza del *bovigus* ed alla comprensione di questo nel novero delle *res mancipi*. Egli ha avuto solamente il torto d' avvalorare con questa creazione un suo splendido piano, che, astrazion fatta della parte che riguarda esclusivamente noi, è riposto sopra una base assai solida.

A prescindere da ciò, non è nemmeno da pensare, che i Romani nello stabilire la distinzione tra le *res mancipi* e le *nec mancipi* avessero avuto studii così profondi sulla natura e sull' essenza dei movimenti politici ; e questa obbiezione d' indole generale fa sì, che sembra inutile

confutare nei suoi particolari l' opinione dell' Huschke, degna di essere ammirata come stupendo parto d' una fantasia poetica, ma non di prendersi in considerazione di ricerca rigorosamente scientifica.

§ 24. Opinione di Montanari.

Questo scrittore tenta una via affatto nuova per giungere ad una soddisfacente spiegazione del carattere fondamentale delle *res mancipi;* attribuendo cioè alla parola *mancipi* un significato etimologico affatto diverso da quello universalmente accettato e ritenuto.

Ecco in riassunto il suo concetto:

« Dicono gli etimologisti che il vocabolo *manceps* sia la radice di *mancipium*, *mancipi*, *mancipatio*, *mancipare*. *Manceps* che secondo Festo, *dicitur quod manu capiatur*, è, secondo gli etimologisti moderni, composto da *manu* e *capere*. Ora *man* può credersi derivato da *manu*, ma non così *ceps* da *capere*. *Ceps* come si vede nei composti *biceps*, *triceps*, *princeps* ecc. è adoperato nel significato di testa, onde *manceps* varrebbe etimologicamente mano-testa. E difatti il migliore offerente nell' aste pubbliche portava ultimo la mano alla testa, ed a lui erano intestate le cose vendute. Tale essendo l' origine ed il valore del vocabolo *manceps,* non può ritenersi radice di *mancipium*, *mancipi*, *mancipatio*, e *mancipare*, con cui non ha alcun rapporto nè etimologico nè storico. L' idea del Lattes, che derivando *manceps* da *manu capere*, e ritenendolo radice di *mancipium*, ecc., per analogia tra *mancipium* e *praedium* sostiene *manceps* essere sinonimo di *praes* e significare originariamente proprietario, non può ammettersi; *praes* da *praesto* era il mallevadore del *manceps* ne-

gli appalti; e *praedium* non deriva da *praes*, ma da *praeda* ed *iduo* (*divido*), cioè preda in stabili divisa, che pei Romani diveniva proprietà per eccellenza.

La voce *mancipium* era anticamente *mancupium*, derivante manifestamente da *man* e *cupium*. Ora *man* esprime il buono, secondo che dice Probo *manum antiqui bonum dicebant*, e *cupium* da *cupio* significa cosa desiderata o desiderabile, onde *mancipium* etimologicamente significa il buono desiderabile o desiderato. E difatti la proprietà, e più specialmente lo schiavo (*mancipium*) era cosa sommamente buona e desiderabile. Lo stesso significato di *mancupium* ha il suo genitivo *mancupi*, poi *mancipi*, e quindi *res mancipi* sarebbero le cose buone e desiderabili, *res nec mancipi* quelle non buone e non desiderate. E che ciò sia vero può dimostrarsi con varii argomenti... ».

Bisogna convenire che se Huschke, partendo da un disegno preconcetto, si spinse ad inventare nientemeno che un nuovo animale, per avere così il suo quadro completo della costituzione Serviana, il Montanari per giungere a dare una nuova etimologia delle parole *manceps*, *mancipi* ecc. fu costretto a calpestare tutte le regole della scienza filologica. Concediamogli pure che *ceps* abbia il significato di testa in alcuni composti, come *anceps*, *biceps*, *triceps*, *praeceps*, certo non può dirsi lo stesso di *auceps*, *forceps*, *menceps*, *particeps*, *princeps*, *municeps*, in cui è indubitato che *ceps* venga dalla radice *cap* del verbo *capio*, come risulta dal significato di queste parole. Difatti, nessuno potrebbe affermare sul serio che *municeps* sia il capo del municipio o *particeps* il capoparte, mentre è risaputo che il primo è *qui capit munus*, e il secondo *qui capit partem*. La differente origine degli uni e degli altri composti di *ceps* si rileva specialmente al genitivo,

che mentre nei primi esce costantemente e soltanto in *cīpitis* (*ancipitis, bicipitis, tricipitis, praecipitis*), negli ultimi invece esce in *cipis* (*forcipis, municipis, participis, principis*). Ora è certo che a questi ultimi e non ai primi si appartiene la parola *manceps*, la quale, secondo l'espressa dichiarazione di Festo, *dicitur quod manu capiatur*, ed al genitivo ha *mancipis* e non già *mancipitis*. Inoltre, talvolta l'*a* innanzi alle labiali si muta in *u* [70], come avviene appunto in *auceps*, il cui genitivo esce in *cŭpis* e non in *cipis*: *aucŭpis*. Anche *manceps* si ebbe anticamente il genitivo in *mancŭpis* [71], che si mutò poscia in *mancipis*, donde *mancŭpium* e *mancipium*, genitivo *mancŭpii*=*mancipĭi*=*mancipi*. Invece l'*u* di *cŭpio* non si trova mai mutato in *ĭ*.

Quanto al valore di *man* nella parola *mancipi*, noi certo non neghiamo che quella radice potrebbe essere appunto la stessa, donde si è formato *mānus*, buono. Però a preferire l'opinione comune che *man* nel caso nostro sia la radice di *mānus*, mano, siamo spinti da due potenti ragioni: la prima, che i derivati dalla radice *mān* in senso di buono sono rarissimi (*manes* [*dii*], *manicare*, *immanis*), mentre quelli derivati dalla radice *măn* in senso di mano sono molti, e quindi è più ammessibile l'estensione per analogia; la seconda che, accettando l'opinione comune si spiega l'identica origine di *manceps* e *mancipi*, che hanno tra di loro tanta analogia, da durarsi fatica a dimostrarne un'origine differente.

Non di meno gli errori filologici del Montanari meri-

---

[70] P. es. *oc-cup-are* da *capere* — *conlubernium* da *taberna*.

[71] V. Vanicek. — Griechisch — lateinisches etymologisches Wörterbuch. Leipzig. 1877, p. 112.

terebbero indulgenza, qualora l' autore fosse riuscito ad escogitare un criterio, che facesse cessare una buona volta ogni controversia sul fondamento della distinzione delle *res* in *mancipi* e *nec mancipi*. Ma è poi vero che le sole cose buone e desiderabili, o almeno le migliori e le più desiderabili, fossero appunto quelle contenute nell' elenco delle *res mancipi?* Certo non v' ha motivo per stimare meno buone e desiderabili una servitù urbana, una greggia di pecore o un fondo provinciale, di una servitù rustica, di un bove e di un fondo italico. Senza dubbio non potrà il lettore appagarsi, come non ci siamo appagati noi, delle ragioni addotte dall' autore, che cioè la condizione legale del fondo provinciale fosse stata inferiore a quella del fondo italico (non per questo il fondo provinciale era meno proficuo e quindi meno desiderabile), che le servitù urbane fossero state meno utili delle rustiche, anzi quasi impossibili (mentre le urbane rimontano a tempi vetustissimi), e che finalmente le pecore possano quasi quasi ritenersi come *mancipi*, comprendendole fra i quadrupedi *quae dorso collove domentur*, perchè il pastore le guidava col bastone!!!

Il tentativo del Montanari secondo noi, è completamente fallito, nè quindi potrà aver seguito. Egli ha sacrificata la filologia senza nessun profitto; poichè anche dopo il suo lavoro le incertezze sul fondamento e la natura delle *res mancipi* non sono punto svanite nè diminuite.

§ 25. Opinione modernissima di Mommsen, Plange, Lange, Lattes, Maine e Bérard.

Il concetto fondamentale, che si ritrova nelle indagini di tutti questi scrittori è identico: essi ripongono la ragione delle *res mancipi* nel carattere eminentemente nazionale romano, che queste cose si ebbero [72]. A questo comune risultamento nondimeno pervennero spesso partendo da presupposti completamente diversi. Tal fatto è degno di molta considerazione, ed induce ognuno a ritenere *a priori*, che il fondamento tanto controverso delle *res mancipi* e *nec mancipi* sia stato finalmente ritrovato, e che la disputa versi ora solo intorno ai motivi, che determinarono questa partizione, varia essendo stata la via battuta dai prelodati autori.

Al Plange sembra, ed a ragione, che fosse sommamente nazionale tutto ciò che si riferisce al governo della famiglia. Egli, concatenando le *personae mancipi* alle *res mancipi*, ci pone innanzi agli occhi il seguente gruppo di oggetti: moglie, figli e nipoti, garzoni, schiavi, abitazione, fondi utili, animali da tiro e da soma [73].

Questi sono gli oggetti domestici più necessarii, li-

[72] Quest'opinione gode ora tanto credito, che il Padelletti (pag. 145 seg.) ed il Salkowski (pag. 184) la considerano come la soluzione, ormai indiscutibilmente accettabile, della vecchia questione sul fondamento delle *res mancipi*.

[73] Il Mommsen, cui prima balenò questo concetto, che poscia Plange sviluppò con tanto senno, annovera naturalmente fra gli elementi, di cui si compone la famiglia, anche il padre. Costui però non entra nella cerchia degli oggetti qui da considerarsi; poichè esso non è *persona mancipi*, bensì è il subbietto titolare della casa, dal quale dipende tutto ciò che si contiene in essa.

mitati a quelli prima dei quali non potrebbe esistere la famiglia, senza abbisognare dell'aiuto straniero. La suppellettile per la coltivazione del suolo non è un bisogno essenziale, potendovisi provvedere coi prodotti di esso (legname, pietra e metalli). Ma quali erano gli elementi davvero indispensabili alla vita domestica? Ciò non può misurarsi secondo le esigenze di un popolo industriale o commerciale, bensì d'un popolo agricolo [74].

Il Mommsen ed il Plange hanno evidentemente preso a base delle loro indagini i lavori dei sostenitori della opinione, che il carattere delle *res mancipi* dovesse riporsi nel loro rapporto con l'agricoltura. Però essi seppero dare alle asserzioni di questi ultimi, il valore che realmente meritavano, ritenendone la sola parte che va indiscutibilmente accettata, cioè che l'elemento agricolo ebbe grande influenza sulla distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi*. Tuttavia compresero nel tempo istesso che tale elemento informò, ma non causò, la prefata distinzione, il cui vero fondamento deve ricercarsi nel carattere nazionale di alcune cose, che sono appunto i varii oggetti, di cui si compone il patrimonio familiare. Un solo problema essi non sciolsero in modo soddisfacente, val dire perchè fosse sorta l'antitesi di cui ci occupiamo, e conseguentemente perchè le *res mancipi* avessero avuto uno speciale modo nel trasferimento della proprietà, cioè la *mancipatio*.

Ludovico Lange, pur giungendo alle stesse conseguenze, cui pervennero il Mommsen ed il Plange, tuttavia pare che abbia considerata la questione molto più profondamente di costoro.

---

[74] V. Mommsen, op. cit. I. 21.

« Al presupposto ideale dell'inalienabilità del patrimonio familiare sta assai vicina la distinzione delle *res mancipii* (*mancipi*) e *nec mancipii;* la quale senza dubbio si appartiene all' epoca patriarcale, ed alla quale noi attribuiamo nel senso della nostra veduta fondamentale il significato, che le *res mancipi* dovessero ritenersi per la proprietà inalienabile della famiglia cui appartenevano. Esse veramente stavano nella *manus* del *paterfamilias*, che di fronte ad esse era designato come *manceps;* ma egli le doveva conservare alla famiglia, non ne era quindi *dominus* nel senso posteriore di questa parola. Infatti le *res mancipi* sono state tutte tali, che senza di esse non può concepirsi l'esistenza d'una famiglia patriarcale fondata sull'agricoltura.... Ad onta della necessità di conservare alla famiglia le *res mancipi*, il *paterfamilias* aveva il diritto di alienarle, del pari che egli, ad onta del principio di unità della famiglia, aveva il diritto di vendere il figlio e la moglie.... A porre l'origine della *mancipatio* nell'epoca patriarcale siamo autorizzati, astrazion fatta dal suo rapporto con le *res mancipi*, dal perchè quest'atto formale compievasi senza l'autorità dello stato. Le *res nec mancipi* si distinguevano dalle *res mancipi*, perchè la conservazione delle prime non era necessaria, laonde relativamente ad esse il *paterfamilias* non era *manceps*, ma *dominus*. Perciò l'espressione positiva per le *res nec mancipi* è stata senza dubbio *bona* (*duona*), cioè il vendibile o venduto. *Duona* e *dumenus* (anticamente per *dominus*) sono concetti tanto correlativi quanto *mancipium* e *manceps*. L'alienazione dei *bona* avveniva mediante la *traditio*, la quale non poteva far sì, che le *res traditae* fossero diventate *mancipium*, anzi applicata alle *res mancipi*, le degradava a

bona [75]. Nell' antitesi di *res mancipi* e *nec mancipi* racchiudesi il germe della posteriore antitesi fra proprietà quiritaria e bonitaria. Nello stato dei Quiriti si sostituì al concetto patriarcale del *mancipium* il concetto rigorosamente giuridico, ma ormai più largo, del *dominium ex iure Quiritium*, che abbracciava tanto le *res mancipi*, quanto le *nec mancipi*.... »

La spiegazione del Lange, sebbene sembri interamente accettabile, pure lascia nell'animo del lettore dei gravi e serii dubbii. Difatti su che poggia l'autore la differenza tra l'epoca patriarcale e l'epoca patrizia? L'epoca patriarcale di Roma non è che il primo periodo dell'epoca patrizia, e le origini dell'antitesi fra proprietà quiritaria e bonitaria rimontano ad un'età tanto poco certa, quanto quella in cui sorse l'antitesi fra le *res mancipi* e le *nec mancipi*. Forse si potrebbe con maggiore probabilità asserire che i due contrapposti sorsero coevi, come furono aboliti colla stessa costituzione.

Ben differenti delle fantastiche investigazioni del Lange, sono le prudenti e positive osservazioni con cui E. Lattes avvalora la ormai divenuta comune opinione, che le *res mancipi* fossero le cose eminentemente nazionali, il che equivale agli oggetti, di cui si compone il governo della famiglia. A questa conseguenza giunge il Lattes armonizzando le due opinioni per lo passato in perfetta antitesi tra di loro, quella cioè che poneva la base delle *res mancipi* nelle loro qualità agricole, e quella

[75] Questa distinzione, che il Lange pone fra il *mancipium* ed i *bona*, si rileva anche da Sumner Maine, (v. sotto § 26, nota 78, p. 73) col quale si accorda, quantunque creda di discordarne, il signor Alexandre Bérard, l'ultimo, che, per quanto io sappia, siasi occupato della nostra questione.

che le derivava dal bottino. « Ora, se io ben veggo, dice l'autore, ogni difficoltà sarà tolta, se, ritenuto il concetto dell'antichissimo gius romano, che proprietà (*mancipium*) erano soltanto le cose tolte ai nemici, e considerato essere stati gli abitatori primitivi del suolo romano pastori, si ammetta essersi intitolate *res mancipi*, ossia proprietà per eccellenza, quelle cose, le quali, avuto riguardo al loro modo di vita, eglino non potevano avere e non ebbero, se non per forza e conquista. Il gregge poteva bensì venire per forza e conquista accresciuto, ma certamente, come pastori, ch'eglino erano, possedettero essi il genere *grex* all'infuori d'ogni guerra e conquista; così dicasi delle armi. Per contro, nulla ripugna a credere, che, solo per conquista sui vicini, abbiano i Romani primitivi acquistato sì le terre, e sì le cose necessarie all'agricoltura, e che solo per effetto della conquista, siano essi di pastori divenuti agricoltori.... Entrambe adunque le ricordate opinioni, hanno, a mio avviso, ragione di essere, e debbono anzi congiungersi in una sola; le *res mancipi* cioè, quanto al modo d'acquisto, si connettevano con la guerra; quanto alla qualità, coll'agricoltura. Sotto l'aspetto istorico, si potrebbe definirle: *le terre coltive, colle persone, cose e diritti necessarii alla coltura, in quanto i Romani, popolo originariamente pastore, le acquistarono nei primordii*, manu, *ossia, per forza e conquista* ».

CAPITOLO IV

Conclusione.

§ 26. Nostra opinione.

Accettiamo nelle sue conseguenze l'opinione precedentemente esposta, che cioè sieno *res mancipi* le cose componenti il governo della famiglia, e che quindi il carattere distintivo di esse consista nell'essere essenzialmente ed originariamente romane di fronte alle forestiere. Non sul fondamento della partizione, bensì sulle ragioni, che la motivarono, sta la nostra divergenza dalle considerazioni del Plange, del Lange e del Lattes. In altri termini, perché mai le cose aventi un carattere nazionale spiccato costituirono un'antitesi con le altre *res* sfornite di tale privilegio, antitesi questa che si perpetuò nel modo d'acquisto, detto *mancipatio?* Tale ragione non sarà scorta, se non dietro un accurato esame del rapporto tra le *res mancipi* e la *mancipatio*. Sorse questa prima o dopo dell'antitesi fra le *res mancipi* e le *nec mancipi?* In generale si sostiene, e con fondata presunzione di dire il vero, che la *mancipatio* sorse appunto per la trasmissione delle *res mancipi*, e che quindi l'antitesi di *res mancipi* e *nec mancipi* dovette assolutamente precederla. Inoltre la natura stessa di quest'antitesi è tale, che bisogna rintracciarla nell'epoca primordiale della vita di Roma.

Alcuni scrittori però, come l'Hugo (R. G. II ed. p. 187) e specialmente il Voigt (*Jus. nat* vol. IV. pag. 561 sgg.) stabiliscono che la distinzione fra *res mancipi* e *nec mancipi* sia sorta posteriormente alla *mancipatio*. Da principio non vi sarebbero stati che soltanto modi solenni [76] per la trasmissione della proprietà; poi invece per alcune cose vi bastò la semplice *traditio ex iusta causa*, ed allora sorse il contrapposto fra queste cose e le altre, la classificazione cioè delle *res in mancipi* e *nec mancipi*.

Il Voigt tenta di provare il suo asserto coi seguenti argomenti:

1.°) La funzione della tradizione come modo d'acquisto della proprietà e la classificazione delle *res mancipi* e *nec mancipi* è posteriore alle XII Tavole. Difatti tutti i giureconsulti, che trattano *ex professo* di tale distinzione: Gai. I, 120. II. 15. 17. Ulp. XIX. 1, non menzionano punto la legislazione decemvirale, la quale, per converso, regola la mancipazione: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.*

2.°) L'Editto sull'*exceptio rei venditae et traditae* dell'anno 514-518 presuppone necessariamente, che la tradizione non produca la trasmissione del diritto di proprietà.

3.°) L'Editto Publiciano dell'anno 519 era così concepito: *Si quis id, quod ei traditum est ex iusta causa, petet.* Donde emerge, da una parte, che all'epoca dell'Editto la *traditio ex iusta causa* non produceva nè la proprietà nè la *rei vindicatio*, bensì soltanto la *Publiciana;* dall' altra poi, che, in conformità di ciò, l'Editto non ancora conosceva la distinzione di *res mancipi* e *nec mancipi*.

4.°) Quanto alle donazioni vale, a vero dire, nell'epoca

[76] Cf. Schilling, Bemerk-über v. R. G. p. 134.

imperiale un differente diritto per le *res mancipi* e le *nec mancipi;* ma questa differenza di diritto non fu punto introdotta dalla *lex Cincia de donis et muneribus* del 550, bensì dalla giurisprudenza dell'età posteriore.

5.°) In Plauto (morto nel 570) non si trova alcuna traccia nè della tradizione, come modo d'acquisto della proprietà, nè della classificazione delle *res mancipi* e *nec mancipi.*

6.°) Nell'anno 584 un S. C. conferì, secondo Liv. XLIII 5. 9. agli ambasciatori galli il privilegio: *ut denorum equorum iis commercium esset.* Il motivo di questo privilegio si rintraccia non nell' essere i cavalli *res mancipi* (poichè è dimostrato che tali non erano nemmeno nell'anno 717), bensì nella necessità della *mancipatio*(o dell' *in iure cessio*) per tutte le cose, *mancipatio* non permessa agli stranieri, perchè mancanti di *commercium.* Da ciò emerge altresì che non poteva ancora acquistarsi la proprietà mediante la semplice *traditio.*

7.°) Per converso la funzione della tradizione, come modo d'acquisto della proprietà, e la classificazione delle *res mancipi* e *nec mancipi*, è più antica

a) della *constitutio Rutiliana*, che rimonta alla metà del settimo secolo e che attesta come già nota la classificazione delle *res mancipi* e *nec mancipi;*

b) degli anni 691, 695 e 710, perche è menzionata da Cicerone (pro Mur. 2. 3. p. Flacc. 32. 79. Top. 5. 28;

c) dell'anno 717 perchè è menzionata da Varr. R. R.

Certo, se potessero dimostrarsi esatte e precise le argomentazioni del Voigt, non cadrebbe più alcun dubbio sull'epoca in cui sia sorta la distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi.* Ciò non pertanto ci recherebbe meraviglia somma il vedere com'essa, che pur si riannoda

a tanti istituti antichissimi, sia apparsa nell' epoca appunto, in cui la sua ragion d'essere cominciava a cessare.

I Fonti non solo non schiudono la via per dileguare l'incertezza, ma invece l'aumentano. Così, mentre Ulp. (XIX. 3) dicendo: *mancipatio propria species alienationis est et rerum mancipi*, fa intravedere che la *mancipatio* sia sorta a bella posta per la trasmissione delle *res mancipi* e quindi dopo di queste, Gaio invece (II. 22), quando asserisce che: *mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium trasferuntur; unde proprie mancipi res sunt dictae....*, mostra di credere che le *res mancipi* abbiano tratta la loro origine dalla *mancipatio*. Laonde la questione non può sciogliersi con prove dirette, ed è assolutamente mestieri di ricorrere ad argomenti indiretti. Quanto a quelli addotti dal Voigt, sembra che nessuno sia tale da reggere, qualora lo si consideri a fondo.

1.°) È vero che le XII Tavole non menzionano espressamente la classificazione delle *res mancipi* e *nec mancipi;* tuttavia, ciò è perfettamente consono all'indole della legislazione decemvirale, che rifugge dalle astrazioni, alle quali preferisce le disposizioni concrete. Per tal guisa la espressione « *Cum mancipium faciet* » va riferita non solo all'atto della mancipazione, ma anche all'obbietto di quest'atto, ch'era appunto il *mancipium*, cioè la *res mancipi*.

2.° e 3.°) L'Editto sull' *exceptio rei venditae et traditae* e l' Editto Publiciano negano alla tradizione l' effetto di trasmettere la proprietà allora soltanto, ben s' intende, quando la *res*, per sue speciali condizioni, abbisogna, per essere trasmessa, di qualche cosa di più della semplice consegna, quando cioè per la qualità di essere *mancipi* dev'essere la sua traslazione accompagnata da un atto solenne e formale, che fu detto perciò *mancipatio*. Al-

lorchè invece la cosa non sia rivestita di questo speciale carattere, il mezzo naturale della tradizione non può non avere i suoi effetti civili, al pari dell'occupazione, della accessione ecc. ecc.

4.°) La base legislativa, su cui la romana giurisprudenza regolò tutto il diritto relativo alle forme della donazione fu la *lex Cincia;* laonde se essa non avesse conosciuta e presupposta la differenza di *res mancipi* e *nec mancipi*, i giureconsulti non avrebbero ammesso un differente trattamento per la donazione delle une e delle altre.

5.°) In tutti i luoghi di Plauto, in cui è fatta menzione della mancipazione, questa è riferita o alle persone o a quelle cose, che secondo la classificazione d'Ulpiano e di Gaio van comprese tra le *res mancipi*. Quindi dalle commedie plautine potrà trarsi invece un valido argomento per sostenere che all' epoca, in cui l' autore le scrisse, fosse invalsa già la distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi*. Che Plauto poi non abbia accennato esplicitamente nè a tale distinzione, nè alla *traditio* come modo d' acquisto della proprietà delle *res mancipi*, non può punto sorprendere, poichè, quantunque le testimonianze di Plauto siano di gran valore nella ricostruzione degli antichissimi istituti giuridici di Roma, pure non bisogna credere che il commediografo sarsinate ci abbia trasmesso un intero sistema di *antiquitates juris*. È un errore gravissimo quello di valutare i Fonti letterarii, sebbene preziosissimi, nella medesima maniera in cui debbonsi valutare i Fonti giuridici. Il giurista si deve supporre che abbia esposto coordinatamente le sue idee giuridiche, le quali insieme formino un organismo ; l' esigere ciò dai letterati sarebbe invece enorme.

6.°) Nella prima parte del nostro lavoro abbiamo dimostrato, come non sia vero che Varrone consideri quali *res nec mancipi* gli animali da tiro e da soma. Il S. C., che conferisce il privilegio agli ambasciatori galli, per sè stesso presuppone la classificazione delle *res mancipi* e *nec mancipi;* poichè, se questa non fosse ancora sorta, il privilegio sarebbe stato inutile, qualora non si volesse insieme accettare una conseguenza più assurda dello stesso principio, val dire che prima della fine del settimo secolo gli stranieri nulla avessero mai potuto acquistare in Roma senza uno speciale privilegio!

Tutto adunque ne induce a credere che la distinzione di *res mancipi* e *nec mancipi* sia stata antica tanto da non potersene precisare l'epoca in cui sia sorta. La *mancipatio* ebbe vita per essa e non prima di essa.

Il simbolo della potestà, che il *paterfamilias* aveva sulla sua *familia*, era detto con termine generale *manus*, alla quale erano sottoposte anche per conseguenza le cose che formavano l'antichissimo patrimonio familiare: « *illi suam rem esse aequum est in manu* » (Plaut. Merc. II. 3. 137). Ora, ogniqualvolta una *res*, *quae in manu erat*, avesse dovuto passare nella *manus* d'un altro, occorreva un atto solenne che si disse *manu capio*, *mancipium*, *mancipatio*. *Mancipium* si chiamò pure l'obbietto della *mancipatio*, il *manu captum:* « *Mancipium quod manu capitur* » (Varr. *de. LL.* V): « *mancipium, quidquid manu capi, subdique potest* [77] ». Così *mancipium o res mancipi*, equivale a *res quae in manu est*, val dire cosa che cade sotto il potere del *paterfamilias*: laonde sorsero coevi, la *familia*, la *manus*, le *res mancipi*, e quindi la *mancipatio*, che vuol dire *mancipio*

[77] Isid. *orig.* IX. 4. — 45.

datio, ed era il modo proprio della trasmissione delle *res mancipi*.

Senza ricercare qui, poichè tornerebbe inopportuno, il significato dell' uso della bilancia e del rame, poniamo mente soltanto alla determinazione, che l'atto debba essere intrapreso alla presenza di *non minus quam quinque cives Romani puberes*. Ora, laddove in un negozio sono chiamati i testimoni, l'atto diventa pubblico, o per lo meno gli è tolto il carattere privato, e laddove è chiamata una determinata classe di persone, il negozio diventa pubblico appunto per questa classe: la mancipazione non può avvenire senza la scienza e la presenza dei cittadini romani; la mancipazione produce, com'è noto, l'effetto, che gli elementi necessari ad una famiglia romana, escano da essa per entrare in un' altra famiglia ed in un altro patrimonio. La *nuda traditio*, che altrove produce il trasferimento della proprietà, non ha per le *res mancipi* lo stesso effetto; laonde bisogna ritenere, che interessava allo stato che queste fossero limitate in modo, da non potere uscire dal patrimonio, in cui attualmente si trovavano, se non con la scienza ed alla presenza di altri cittadini. L' essere chiamato lo stato rappresentato dai suoi cittadini ad assistere all'alienazione degli oggetti indispensabili alla sua stabilità lo garentiva, ch'essi non sarebbero caduti in mano d'uno straniero, d'uno che non avesse avuto il *commercium* coi Romani.

Si spiega benissimo, perchè una tale limitazione dell' alienazione abbia avuto luogo soltanto negli elementi del governo della famiglia: un allargamento di questa misura non sarebbe stato di alcuno interesse politico, anzi avrebbe ristretto ed inceppato il commercio, il che sarebbe stato contrario al genio mercantile di Roma. Lo

stato di Roma non era punto sfavorevole al traffico cogli stranieri, bensì voleva conformemente alla sua indole conservatrice garentirsi contro le probabili eccessive alienazioni di quegli oggetti, di cui esso più abbisognava, val dire di quelle cose, che costituivano gli elementi essenziali alla *familia*.

La mancipazione quindi dovette apparire nel tempo istesso come un privilegio e come una limitazione. Come un privilegio, imperciocchè era un modo solenne, di cui non erano degne che le sole *res mancipi:* come una limitazione, perchè le *res nec mancipi* si trasmettevano in una maniera assai più facile e più comoda, mediante la semplice *traditio*. Di guisa che la distinzione tra le *res mancipi* e *nec mancipi* abbraccia intera la massa delle cose utili, di cui alcune soltanto formano una classe, mentre le altre sono abbandonate in una categoria inferiore. Questi beni sono da principio, per dispregio e negligenza, scevri dalle incomode cerimonie, di cui è prodigo il diritto antico; poi più tardi in uno stato più avanzato di progresso intellettuale, i modi semplici di trasmissione e di revindica introdotti dall'uso divengono un modello, la cui utilità e semplicità sono la critica delle moleste cerimonie legate dall'antichità. Così le *res nec mancipi* giunsero ad eguagliare le *res mancipi*, e venendo a dissiparsi l'idea d'una inferiorità intrinseca, gli uomini cominciarono a considerare i numerosi vantaggi delle forme più semplici sulle più complicate, ch' esigeva l' antico diritto [78].

Conchiudiamo adunque dicendo: le *res mancipi* ebbero

[78] V. Sumner Maine op. cit. cap. VII pag. 363-364.

origine dalla conquista, come l' esprime il loro nome stesso, si conservarono con la *manus*, simbolo d'ogni potestà, corrisposero, dopo che in Roma sorse la *familia* e lo stato, agli elementi costitutivi del governo familiare, e formarono un'antitesi duratura di fronte alle altre cose, perchè lo stato s'interessava alla loro conservazione, intervenendo nella alienazione loro speciale, cioè nella *mancipatio*: caddero con la caduta delle vecchie forme solenni e col trionfo assoluto del diritto equo sul vuoto formalismo.

Nient'altro, tranne che inutili e fantastiche congetture, si può, nella presente scarsezza di Fonti, arzigogolare intorno alla distinzione, di cui ci siamo occupati. Noi non abbiamo avuto, scrivendo il presente lavoro, altra intenzione che sceverare questa dottrina di tutto quello (e non è certamente poco), che v'era d'assurdo e d'insostenibile, e nello stesso tempo di rendere più completi ed accettabili i soli argomenti che, secondo noi, hanno un effettivo valore e che per fortuna bastano alla soluzione del difficile quesito.

AMM. PROV. DI TORINO № 15659 BIBLIOTECA
115764

	ERRORI	CORREZIONI
Pag. 17.	*operteal*	*oporteat*
» 20.	ritracciare	rintracciare
» 27.	*ipimanc*	*mancipi*
» 29.	risposta	riposta
» 43.	*mancipis*	*mancipi*
» 45.	Meern.	Meerm.
» 48.	poolo	popolo
» 49.	Punchta	Puchta
» 51.	Putendorf	Pufendorf
» 58.	moloto	molto
» 69.	Mommsea	Mommsen
» 71.	Lattesea	Lattes, ecc.
» 76.	*trasferuntur*	*transferuntur*